Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger

nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Felix Seyfferth, bacc. iur.
Amtsgerichtsreferendar in Chemnitz.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545805_0124

Meinen guten Eltern

in Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Abschnitt:
Über die Akzessorietät der Bürgschaft.

A. Im Prinzipe haftet der Bürge nur akzessorisch.

§ 2. Allgemeines 4

§ 3. Nur für eine Schuld kann Bürgschaft geleistet werden, und die Verbindlichkeit aus der Bürgschaft entsteht zeitigstens mit dieser Schuld 5

§ 4. Die Bürgschaftsverbindlichkeit erreicht höchstens den Umfang der Hauptschuld 10

§ 5. Die Einreden des Hauptschuldners stehen auch dem Bürgen zu 15

§ 6. Mit der Hauptschuld geht auch die Bürgschaft unter . . 20

B. In mehreren Richtungen erleidet das Prinzip der Akzessorietät Durchbrechungen

§ 7. Allgemeines 25

§ 8. Fälle, in denen die Hauptschuld nachträglich beschränkt wird, während die Bürgschaftsverbindlichkeit in vollem Umfange fortbesteht 26

§ 9. Schutzmittel des Hauptschuldners, die dem Bürgen nicht zustehen 29

§ 10. Trotz Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaft in einer Person bleibt die Bürgschaft bei Bestand . . . 37

§ 11. Auch bei Identitätswechsel der Hauptschuld bleibt die Bürgschaft bei Bestand, wenn der Identitätswechsel auf Gesetz beruht 40

§ 12. Die Erweiterungen der Hauptschuld, die auf Rechtsgeschäften beruhen, welche der Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft vorgenommen hat, treffen die Bürgschaftsverbindlichkeit nicht 44

Seite

§ 13. Fälle, in denen trotz Fortdauer der Hauptschuld die Bürgschaftsverbindlichkeit wieder untergeht 48

II. Abschnitt:
Über die Subsidiarität der Bürgschaft.

§ 14. Allgemeines 58
§ 15. In der Regel haftet der Bürge nur subsidiär 60
§ 16. Ausnahmsweise entfällt die Subsidiarität 65

III. Abschnitt:
Über die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen. 69

Literaturverzeichnis.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts. 1. u. 4. Aufl.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 3. Aufl. 1895.
Das Recht 1901—1903.
Dernburg, Pandekten. 3. Aufl. 1892.
Deutsche Juristen-Zeitung. 1903.
Endemann, Bürgerliches Recht.
Endemann, Einführung in das B.G.B. 3. Aufl. 1898.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Fischer u. Henle, Kommentar zum B.G.B. 4. Aufl. 1900.
Fitting, Das Reichskonkursrecht. 2. Aufl. 1883.
Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte.
Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts.
Herms, Die Bürgschaft nach B.G.B. (Rostocker Dissertation 1900.)
Juristische Wochenschrift. 1901/02.
Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1900.
Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. (Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 546 ff.)
Motive zum Entwurfe eines B.G.B. Bd. 2.
Motive zum Entwurfe einer K.O.
Neumann, Bürgerl. Gesetzbuch. 1. u. 2. Aufl. 1900.
Oertmann, Kommentar zum B.G.B. 1899.
Planck, Kommentar zum B.G.B. 1. u. 2. Aufl. 1901.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B.
Roth, Das Rückgriffsrecht des Bürgen. (Rostocker Dissertation 1903.)
Scherer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.
Soergel, Rechtsprechung 1900—1903.
Sokolowsky, Die Mandatsbürgschaft nach dem römischen und gemeinen Rechte.
Stammler, Studien zum B.G.B.
Staub, Kommentar zum H.G.B. 6. u. 7. Aufl. 1900.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B. 1900.
v. Völderndorff, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1879.

§ 1.

Einleitung.

Der Schutz des Bürgen kann gerichtet sein gegen den Gläubiger, gegen den Hauptschuldner oder gegen andere Interzedenten derselben Schuld. Nur von dem Schutze der ersteren Art, d. h. dem gegen den Gläubiger gerichteten, soll in dieser Abhandlung die Rede sein.

Naturgemäß ist er der kräftigste, dem Bürgen heilsamste, denn er bewahrt ihn, soweit er eingreift, vor der Inanspruchnahme selbst, während die anderen Arten des Schutzes in der Regel erst praktisch werden, nachdem der Bürge bereits geleistet hat, so daß sie nur den Zweck haben können, ihm das Geleistete wieder zu verschaffen. Daß dieser Zweck sehr oft illusorisch wird — insbesondre soweit es sich um den Regreß gegen den Hauptschuldner handelt —, bedarf keiner weiteren Ausführung, denn meist wird eben der Bürge nur dann in die Lage kommen, zahlen zu müssen, wenn der Hauptschuldner hierzu nicht imstande ist.

Weil aber der Schutz gegenüber dem Gläubiger der stärkste ist, hat sich der Gesetzgeber bei seiner Bemessung einer rationellen Beschränkung zu befleißigen. Dehnt er ihn zu weit aus, so muß er damit das ganze Bürgschaftsinstitut in seiner Lebenskraft, ja seiner Lebensfähigkeit gefährden. Mag er deshalb dagegen Kautelen schaffen, daß niemand zu leichtfertig Bürgschaften eingeht (etwa

durch das Erfordernis der Schriftform, wie es unser Bürgerliches Gesetzbuch aufstellt); ist aber einmal eine Bürgschaft rechtsverbindlich zustande gekommen, so muß auch die möglichst vollkommene Erreichung ihres Zweckes angestrebt werden, und dieser Zweck ist Sicherung des Gläubigers. Dieser soll die Gewißheit haben, daß ihm, wenn der Schuldner versagt, unter allen Umständen der Bürge bleibt, wenngleich ihn diese Gewißheit, wie schon hier betont werden mag, nicht der Pflicht entheben soll, sein Verhalten gegenüber dem Hauptschuldner und Bürgen nach Treu und Glauben einzurichten.

Vorstehender Erwägung, daß die Sicherstellung des Gläubigers durch den Bürgen und zwar durch jeden einzelnen Bürgen eine möglichst umfassende sein muß, werden denn auch die meisten modernen Gesetzgebungen, vor allem B.G.B., gerecht. Sowohl in diesem wie auch schon im österreichischen B.G.B. (§ 1359) ist das römisch- und gemein-rechtliche beneficium divisionis, mittels dessen bei Mehrheit von Bürgen der einzelne eine quotale Beschränkung seiner Haftung durchsetzen konnte, in Wegfall gekommen, während es im code civil noch in vollem Umfange und im preußischen allgemeinen Landrecht insoweit beibehalten worden war, als es bei einer uno actu erfolgten Verbürgung mehrerer geltend gemacht werden konnte.

Weggefallen ist ferner in allen neueren Gesetzgebungen die zu nachträglichen Einreden berechtigende Unfähigkeit gewisser Personenklassen, insbesondere der Frauen, zur Übernahme einer Bürgschaft, wodurch in den früheren Rechten eine außerordentliche Unsicherheit im Verkehr geschaffen und die Ausdehnung des Kreditwesens sehr gehemmt wurde.

Weggefallen ist endlich auch die in einigen Partikularrechten — wie in den mecklenburgischen Landesreversalen von 1621 — bis in die neueste Zeit erhaltene Unvererblichkeit der Bürgschaft, die einen Rest alten deutschen Rechts,

nämlich des Vergeißelungsvertrags, durch den sich der Bürge selbst dem Gläubiger zum Pfande gab, bildete und andrerseits im alten römischen Rechte ein Gegenstück fand, wo bis zur Einführung der fidejussio die Haftung des Bürgen nicht nur unvererblich, sondern sogar auf den kurzen Zeitraum eines biennium beschränkt war.

Andrerseits hat allerdings das neue Recht auch neue Schutzvorschriften für den Bürgen geschaffen, indes sind diese meist derart, daß sie sich mit der oben hervorgehobenen Tendenz möglichster Sicherstellung des Gläubigers durchaus in Einklang bringen lassen. Aus den nachstehenden Ausführungen wird sich ergeben, daß diese neuen Schutzvorschriften in ihrer Mehrzahl nur schärfer präzisierte Konsequenzen der bereits früher anerkannten Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld sind, daß sie deshalb regelmäßig nur dann eingreifen, wenn es an einer echten Hauptschuld gebricht oder aber der Umfang der Bürgschaft über den der Hauptschuld hinausgeht. Dadurch kann jedoch das wohlverstandene Interesse des Gläubigers nicht verletzt werden.

Erster Abschnitt.

Über die Akzessorietät der Bürgschaft.

A. Im Prinzipe haftet der Bürge nur akzessorisch.

§ 2.

Allgemeines.

Akzessorietät der Bürgschaft bedeutet, daß sie an das Vorhandensein einer Hauptschuld gebunden ist. Ohne Hauptschuld keine Bürgschaft! Diese Abhängigkeit ist wesentliches Begriffsmerkmal, kann daher durch Vertrag nicht wegbedungen werden: § 765 Abs. 1, § 767 Abs. 1 S. 1 B.G.B.

Eine Bürgschaft für eine Nichtschuld ist folglich keine, mag sie nun in Kenntnis oder Unkenntnis des Fehlens einer Hauptschuld übernommen sein. Ob alsdann eine Verbindlichkeit andrer Art vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen. Denkbar ist etwa, daß ein Vertrag beabsichtigt ist, durch den die fragliche Leistung schenkungsweise versprochen werden soll; seiner Gültigkeit steht dann nichts im Wege, wenn das Versprechen in der Form des § 518 B.G.B. abgegeben ist.

Aber nicht nur an das Vorhandensein, auch an den Inhalt der Hauptschuld ist die Bürgschaftsverbindlichkeit vermöge des Akzessorietätsprinzips geknüpft. Folglich kann

eine Bürgschaft überhaupt nur in Ansehung solcher Obligationen übernommen werden, die auch durch einen anderen als den eigentlichen Schuldner erfüllt werden können. Stellt sich die Hauptschuld ihrem Inhalte nach als eine von der Person des Hauptschuldners untrennbare dar, besteht sie z. B. in der Verpflichtung zu einer höchstpersönlichen Dienstleistung, so verbietet sich die Bürgschaft von selbst, ist doch eben dann jeder Dritte — und der Bürge ist stets ein Dritter, da man sich nach § 765 Abs. 1 B.G.B. für eine eigene Verbindlichkeit nicht verbürgen kann — untaugliches Subjekt zu der Schuld, und Rechtswirksamkeit kann der solchenfalls übernommenen Bürgschaft deshalb nur dann beigemessen werden, wenn sich durch Auslegung ergibt, daß die Bürgschaft nicht sowohl für die ursprüngliche Hauptschuld als für die aus etwaiger Nichterfüllung derselben resultierende Schadensersatzpflicht des Hauptschuldners eingegangen ist.

§ 3.

Nur für eine Schuld kann Bürgschaft geleistet werden, und die Verbindlichkeit aus der Bürgschaft entsteht zeitigstens mit dieser Schuld.

Ohne Hauptschuld keine Bürgschaft. Eine Schuld aber ist immer eine Relation: § 241 B.G.B. Dem Schuldner korrespondiert notwendig ein Gläubiger. Fehlt eine dieser beiden Personen, so liegt keine Schuld vor, und für das Vorliegende kann deshalb auch keine Bürgschaft übernommen werden. Danach ist es unrichtig, wenn von einer Bürgschaft für das Gelingen einer Unternehmung oder für eine gewisse Einnahme bei einem Konzert usw. gesprochen wird, wobei gemeint ist, daß der „Bürge“ den Ausfall, die Differenz zwischen dem erwarteten und dem wirklichen

Erfolge tragen soll. Es fehlt hier an einer Schuld; der mangelnde Erfolg ist im Gegensatz zu ihr etwas rein Einseitiges, seine Beziehungen erschöpfen sich in dem Verhältnis zu einer einzigen Person. Er ist nicht eine Schuld, sondern wird vielmehr nur die Ursache dazu, daß eine Schuld entsteht, und diese ist gerade die Verbindlichkeit aus der angeblichen Bürgschaft.

Natürlich besteht kein Hindernis gegen die Eingehung eines derartigen Vertrages, durch den man die Haftung für einen bestimmten rechtlichen oder tatsächlichen Erfolg übernimmt, nur charakterisiert sich die daraus hervorgehende Verbindlichkeit nicht als Bürgschaft, sondern ist vielmehr, wie sich aus dem vorstehenden ergibt, selbst erst die Haupt- und alleinige Obligation und kann deshalb auch nicht nach den Vorschriften des 18. Titels beurteilt werden. Man nennt einen solchen Vertrag Garantievertrag, und ein wichtiger formaler Unterschied desselben zum Bürgschaftsvertrage liegt beispielsweise darin, daß das Garantieversprechen auch ohne Schriftform verbindlich ist.

Eine Bürgschaft entsteht — im Gegensatz zum Sprachgebrauche — auch dann nicht, wenn ein Beauftragter seinem Auftraggeber — etwa ein Kommissionär dem Kommittenten — gegenüber die Haftung für die Verbindlichkeit eines Dritten aus dem in Ausführung des Auftrages mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfte übernimmt, sofern der Auftraggeber, wie dies oft beabsichtigt ist, zu dem Dritten überhaupt nicht in rechtliche Beziehungen treten will. Auch da fehlt es an dem Erfordernis einer Hauptschuld.

Als dritter Fall, wo mit Unrecht von einer Bürgschaft gesprochen wird, mag endlich der erwähnt werden, wo jemand die Haftung dafür übernimmt, daß ein anderer eine Verbindlichkeit eingehen, etwa ein Schenkungsversprechen leisten werde. Denn in demselben Augenblicke, wo jene Verbindlichkeit zur Existenz kommt und damit eine Bürg-

schaft begrifflich erst möglich wird, geht diese angebliche Bürgschaft wieder unter.

Ist aber das Vorhandensein einer Hauptschuld die notwendige Voraussetzung für das Entstehen einer Bürgschaftsverbindlichkeit, so genügt doch das Vorhandensein an sich noch nicht. Die Hauptschuld muß ihrer rechtlichen Natur nach auch so beschaffen sein, wie sie im Bürgschaftsvertrage dargestellt ist. Mit Recht wird deshalb allgemein die Anerkennung einer Bürgschaft für Verträge Geschäftsunfähiger abgelehnt, obgleich gar nicht ausgeschlossen ist, daß der Geschäftsunfähige selbst daraus obligiert wird. Man denke an einen Kauf. Ist in Ausführung desselben dem Geschäftsunfähigen der Kaufgegenstand übergeben worden, so ist er ungerechtfertigt bereichert (§§ 105, 812 B.G.B.) und zur Herausgabe verpflichtet. Der rechtliche Grund dieser Herausgabepflicht ist aber eben die ungerechtfertigte Bereicherung, nicht der Kaufvertrag, und da die Bürgschaft für die Kaufforderung eingegangen ist, so ist sie ebensowenig wie diese selbst zustande gekommen.

In concreto ist schließlich die Rechtswirksamkeit einer übernommenen Bürgschaft noch von besonderen Eigenschaften der Hauptschuld abhängig. Ist beispielsweise im Bürgschaftsscheine gesagt, daß die Hauptschuld bereits durch andere Nebenrechte gesichert sei, während in Wahrheit keine Sicherheiten bestellt sind, so ist die Bürgschaft ungültig, wenn der Bürge die Unrichtigkeit jener Angaben nicht kannte. Es fehlt alsdann am Konsens über den Vertragsgegenstand, denn die besondere Ausstattung der Hauptschuld mit andern Nebenrechten stellt ein Identitätsmerkmal derselben dar; eine gesicherte Schuld ist eine andere als eine ungesicherte.

Anders läge der Fall, wenn sich der Bürge für die Schuld schlechthin verbürgt hätte, nachdem ihm vorher arglistigerweise versichert worden war, daß für die

Schuld bereits eine weitere Sicherheit, etwa ein Pfand, bestellt sei. Dann dürfte der Vertrag zweifellos gültig zustande gekommen sein, und Hilfe gäbe es für den Bürgen nur nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften über Anfechtung von Willenserklärungen. Bei einer durch den Hauptschuldner verübten Täuschung müßte daher der Bürge nachweisen, daß der Gläubiger die Täuschung kannte oder nur infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte, um den Bürgschaftsvertrag mit Erfolg anfechten zu können: §§ 122, 123 Abs. 2 B.G.B.

Was übrigens die Wirkung betrifft, die die Anfechtbarkeit der Hauptschuld selbst auf die Bürgschaft hat, so wird diese an anderer Stelle behandelt werden, hier aber möge festgestellt werden, daß gerade durch die Bestellung einer Bürgschaft jene Anfechtbarkeit ausgeschlossen werden kann. Das wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn der Hauptschuldner in Kenntnis der Anfechtbarkeit seiner Schuld den Bürgen bestellt, denn durch diese Bestellung bestätigt er in konkludenter Weise das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft: § 144 B.G.B.

Nicht notwendig setzt die Übernahme einer Bürgschaft eine klagbare Hauptschuld voraus. Es genügt, daß eine vom Gesetz überhaupt anerkannte Verbindlichkeit vorhanden ist. Weil eine solche bei Spiel, Wette und Differenzgeschäft fehlt (§§ 762 Abs. 1 Satz 1; 764 B.G.B.), so kann für Spiel, Wette und Differenzgeschäft auch keine Bürgschaft eingegangen werden. Im übrigen aber kann die Hauptschuld mit jedweder Schwäche, insbesondere der der Klaglosigkeit behaftet sein. Dieser Satz ist nach § 765 Abs. 1 B.G.B. nicht mehr zweifelhaft, während er im gemeinen Recht noch bestritten war. Allerdings hat er heute auch keine große Bedeutung mehr, da sich nur sehr wenige klaglose Verbindlichkeiten in das neue Recht herübergerettet haben. Der fast einzige, jedenfalls hauptsächlichste Fall ist die verjährte Forderung (§ 222 B.G.B.).

Eine Folge der Akzessorietät der Bürgschaft ist es aber, daß sie den geschwächten Zustand der Hauptschuld unter allen Umständen teilt, daß sie also bei Unklagbarkeit der Hauptschuld ebenfalls klaglos ist.

Nach § 765 Abs. 2 B.G.B. kann eine Bürgschaft auch für eine künftige oder bedingte Verbindlichkeit übernommen werden, und ein allgemein anerkannter Analogieschluß läßt sie auch für eine aufschiebend betagte zu. Darin scheint auf den ersten Blick eine Durchbrechung des Akzessorietätsprinzipes in dem ausgeführten Sinne zu liegen und ausgesprochen zu sein, daß die Verbindlichkeit aus der Bürgschaft schon früher entstehen könnte als die Hauptschuld selbst. Nimmt man jedoch § 767 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. bei der Auslegung zu Hilfe, so ergibt sich eine mit dem Gesagten durchaus in Einklang zu bringende Deutung des Gesetzes. Ein echter, d. h. auf eine substanzielle Leistung gerichteter Anspruch gegen den Bürgen erwächst danach durch Abschluß des Bürgschaftsvertrages noch nicht, vielmehr erschöpft sich die Wirkung des letzteren zunächst darin, daß der Bürge gebunden ist, daß er nicht mehr zurück kann und die künftige Entstehung einer Verbindlichkeit über sich ergehen lassen muß. Und diese künftige Verbindlichkeit tritt eben erst ein, wenn ein andrer die Hauptobligation eingeht oder aber wenn durch Eintritt des bedingenden Ereignisses oder des Termins die Hauptschuld von selbst zur Existenz gelangt.

Zwischen den Fällen des § 765 Abs. 2 B.G.B., wo anfangs von einer Verbindlichkeit des Bürgen im Sinne der Möglichkeit einer Inanspruchnahme überhaupt keine Rede ist, und den Normalfällen, wo die Bürgschaft für gegenwärtige Forderungen übernommen wird und deshalb von vornherein vollwirksam ist, stehen endlich noch die Fälle, in denen der die Hauptschuld erzeugende Vertrag zunächst schwebt: §§ 108, 177 B.G.B. Dann befindet sich auch die Bürgschaft in diesem Zustande, und die Ent-

schließung des Dritten (gesetzlichen Vertreters, Vertretenen) entscheidet, wie über die Hauptschuld, auch über Sein oder Nichtsein der Bürgschaft.

§ 4.

Die Bürgschaftsverbindlichkeit erreicht höchstens den Umfang der Hauptschuld.

Unbestritten kann die Bürgschaft für einen bloßen Teil der Hauptschuld übernommen werden, sofern die Hauptschuld ihrem Gegenstande nach überhaupt teilbar ist. Der betreffende Teil ist alsdann die Verbindlichkeit des Dritten im Sinne von § 765 Abs. 1 B.G.B. Ausgeschlossen ist aber, daß die Bürgschaft für mehr eingegangen wird, als die Hauptschuld beträgt. Das Prinzip der Akzessorietät steht dem entgegen. Für das plus fehlt die condicio sine qua non, die Hauptschuld. Ist daher der Inhalt der Bürgschaftsverbindlichkeit ein größerer als der der Hauptschuld, so ist die Bürgschaft auf jeden Fall hinsichtlich des überschießenden Betrags ungültig; ob sie im übrigen zu Recht besteht, ist im Einzelfalle zu untersuchen und dürfte in aller Regel zu bejahen sein. Denn es ist anzunehmen, daß jemand, der für eine größere Schuld die Haftung übernimmt, erst recht für die immanente kleinere eintreten will, und daher wird Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages auf Grund von § 139 B.G.B. selten Platz greifen.

Im älteren römischen Rechte war freilich zufolge ihrer stricti juris-Natur die Bürgschaftsverbindlichkeit, die sich nicht mit der Hauptschuld deckte, in jedem Falle schlechthin nichtig. Später begann man (so Marcellus) zu unterscheiden zwischen fidejussio in duriorem und in aliam causam, und während bezüglich der letzteren die Ungültigkeit anerkannt blieb, bildeten sich hinsichtlich der ersteren

zwei Meinungen: die eine sah in der durior causa das minus der Hauptschuld mit Hinzurechnung der Differenz zwischen Hauptschuld und Bürgschaft und erkannte der Bürgschaftsverbindlichkeit abzüglich dieser Differenz die Rechtswirksamkeit zu; die andre Meinung, die den Boden des älteren Rechts festzuhalten suchte, betrachtete die Verbindlichkeit als ein untrennbares Ganzes und kam, da ein majus einem minus unmöglich gleichgesetzt werden kann, logischerweise zu dem Resultat, daß auch eine durior causa eine alia sei, so daß die Nichtigkeit auch einer in duriorem causam übernommenen fidejussio als unabwendbare Folge hingenommen werden müsse. — Im gemeinen Recht trat dann diese strengere Meinung mehr und mehr zurück, und das heutige Recht hat sie, wie oben dargelegt, so gut wie ganz fallen lassen.

Aber unser Recht geht auch noch weiter: in concreto verleiht es sogar der auf Leistung einer reinen alia causa gehenden Bürgschaft Gültigkeit.

Nach § 765 Abs. 1 besteht der Bürgschaftsvertrag darin, daß sich der Bürge verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten einzustehen. Danach muß zunächst, wie schon an anderem Orte festgestellt wurde, die objektive Möglichkeit der Erfüllung der Hauptschuld durch einen andern als den Schuldner gegeben sein; es darf also die Hauptschuld nicht in einer höchstpersönlichen Leistung bestehen. Daraus folgt aber noch nicht, daß die Erfüllung seitens des Bürgen auch in genau derselben Weise stattfinden müßte wie von seiten des Hauptschuldners. Hierüber ist vielmehr der freien Vereinbarung zwischen Gläubiger und Bürgen vollster Spielraum gelassen, und so können sie ihren Vertrag auf eine ganz andre gleichwertige Leistung richten, indem sie nur darüber einig sind, daß diese andre Leistung des Bürgen als datio in solutum, als Erfüllung an Zahlungsstatt für die Hauptschuld wirken soll.

Ob sich die Bürgschaft auf vertragsmäßige Nebenleistungen wie Vertragszinsen oder -strafen erstreckt, ist von jeher sehr bestritten gewesen. Die herrschende gemeinrechtliche Lehre verneinte im Prinzipe die Frage und stützte sich hierfür auf l. 10 C. 8, 41, wo speziell die Haftung für Vertragszinsen nur dann eine Bejahung findet, wenn sie ausdrücklich vereinbart ist (si in usuras quoque obligatus est). Für das heutige Recht wird man jene Meinung nur mit folgenden Einschränkungen rezipieren können: zu unterscheiden ist zwischen üblichen und anderen Nebenleistungen; die ersteren (z. B. die Zinsen eines hypothekarischen Darlehns) dürften stets dann als mitverbürgt gelten, wenn nicht besondere Momente auf das Gegenteil hinweisen. Zu unterscheiden ist ferner zwischen solchen Nebenverbindlichkeiten, die der Bürge bei Eingehung der Bürgschaft kannte, ohne sich hinsichtlich ihrer Vorbehalte zu machen, und anderen; für die ersteren dürfte seine Haftung ebenfalls zu bejahen sein. Die Beweislast freilich dafür, daß der Bürge die Nebenverbindlichkeiten kannte bezw. daß sie übliche sind, wird stets dem Gläubiger aufzuerlegen sein.

Durch das Vorhandensein von Mitbürgen wird die Verbindlichkeit des Bürgen dem Gläubiger gegenüber nicht berührt — im Gegensatze zum römischen und gemeinen Rechte. Nach der lex Furia haftete der einzelne Mitbürge nur auf seinen Kopfteil, und für die Höhe des Kopfteils war die Zahl der Bürgen zur Zeit der Fälligkeit der Hauptschuld maßgebend. Hatte danach ein Bürge zuviel gezahlt, so konnte er gegen den Gläubiger sogar auf Rückzahlung klagen, und zwar mit manus injectio (Gai Inst. IV, 22). Durch eine epistola Hadriani wurde dann die Neuerung geschaffen, daß die Teilung zwischen den Mitbürgen nicht ipso jure eintrat, daß vielmehr jeder in solidum verhaftet blieb und nur die Befugnis erhielt, durch exceptio auf die Teilung zu dringen. Auch konnte die

Teilung nicht mehr auf sämtliche Mitbürgen schlechthin, sondern nur auf die anwesenden und solventen beansprucht werden.

In dieser Form erhielt sich das beneficium divisionis im gemeinen Recht, und erst einige der neueren Kodifikationen ließen es, wie bereits früher erwähnt, als unzweckmäßig fallen.

Nach § 769 B.G.B. haften Mitbürgen als Gesamtschuldner, d. h. in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist (§ 421 B.G.B.). Dies gilt nach der allgemeinen Vorschrift des § 427 B.G.B. sowohl bei gemeinschaftlicher Verbürgung (anders noch im E. I § 320, wo für diesen Fall eine quotale Haftung des einzelnen statuiert war) und gilt hiernach erst recht, wenn jeder die Bürgschaft für sich allein übernimmt; ganz überflüssigerweise ist das letztere in § 769 B.G.B. noch ausdrücklich gesagt.

Erweitert sich nachträglich der Umfang der Hauptschuld, so wird auch die Bürgschaftsverbindlichkeit von der Erweiterung betroffen, wenn diese von Gesetzeswegen eintritt.

Das ergibt sich schon aus dem wiederholt angezogenen § 767 Abs. 1 Satz 1 B.G.B., wird aber noch erhärtet durch Satz 3 und 2 eod. Denn einerseits zwingt Satz 3, wonach durch nachträgliche Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners die Bürgschaftsverbindlichkeit nicht berührt wird, per argumentum e contrario zu dem Schlusse, daß ipso jure eintretende Erweiterungen die Bürgschaft mitergreifen, und andrerseits beweist die Fassung („auch") des zweiten Satzes, daß die beiden dort angeführten, auf dem Gesetz beruhenden Änderungen, die häufig auch Erweiterungen der Hauptschuld bedeuten, nicht etwa nur als Ausnahmefälle, sondern im Gegenteil als zwei besonders wichtige Anwendungsfälle eines Prinzipes aufzufassen sind.

Anlangend die auf Verzug beruhenden Erweiterungen, so gehört hierzu u. a. die Verpflichtung zur Tragung der Kosten eines vom Gläubiger gegen den Hauptschuldner angestrengten Prozesses einschließlich der Zwangsvollstreckung. Diese Verpflichtung trifft den Bürgen auch dann, wenn der Gläubiger den Prozeß unter völliger Übergehung desselben, d. h. ohne den Bürgen vorher zur Leistung aufgefordert zu haben, anstrengt, denn mit dem Hauptschuldner kommt von selbst auch der Bürge in Verzug. Aus diesem Grunde steht dem Bürgen allerdings auch das Recht zu, vom Augenblick der Fälligkeit der Hauptschuld an, an Stelle des Schuldners die Leistung zu vollziehen, und der Gläubiger kommt seinerseits in Verzug, wenn er die angebotene Leistung nicht annimmt. Ist aber der Gläubiger im Verzuge, klagt er also gegen den Hauptschuldner, nachdem ihm vom Bürgen die Leistung bereits angeboten worden ist, so entfällt natürlich auch die Verpflichtung des Bürgen zur Tragung dieser Prozeßkosten.

Besondere Beachtung verdient in dieser Beziehung noch der selbstschuldnerische Bürge auf Zeit (§ 777 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.). Ein solcher Bürge steht nach Abs. 2 eod. für die Kosten eines vom Gläubiger gegen den Hauptschuldner betriebenen Prozesses nur insoweit ein, als sie bereits vor Ablauf der Bürgschaftszeit entstanden sind.

Schließlich ist bezüglich der Verzugszinsen, in Ansehung deren übrigens durch § 767 die gemeinrechtliche Kontroverse, ob der Bürge für sie nur hafte, wenn er sich für omnis culpa verbürgt habe, endgültig aus der Welt geschafft ist, auf einen Fall aufmerksam zu machen, wo in der Theorie zwar die Akzessorietät der Bürgschaft gewahrt bleibt, in der Praxis aber dieses Prinzip eine Durchbrechung erfährt. Handelt es sich nämlich um die Bürgschaft für eine Forderung gegen einen Kridar, so laufen die Verzugszinsen gegen den Kridar zwar während des Konkursverfahrens weiter, ihre Geltendmachung aber ist,

so weit sie erst nach Eröffnung des Verfahrens angelaufen sind, im Verfahren selbst unzulässig (§ 63 Ziff. 1 K.O.).

Dem Bürgen kommt diese Spezialbestimmung nicht zugute: gegen ihn laufen die Zinsen nicht nur weiter, er muß sie auch bezahlen.

§ 5.

Die Einreden des Hauptschuldners stehen auch dem Bürgen zu.

Unter Einreden versteht man im bürgerlichen Recht Tatsachen, die zwar das Dasein einer Schuld unberührt lassen, deren Geltendmachung aber dem Schuldner das Recht zur zeitweisen oder dauernden Verweigerung der Leistung gewährt und folglich seine gegenwärtige Verurteilung ausschließt.

Im gemeinen Rechte wurde darüber gestritten, ob dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners auf Grund eignen Rechts oder nur um des regreßpflichtigen Schuldners willen zuständen. Die letztere Meinung wurde z. B. von Girtanner vertreten, die erstere zählte Hasenbalg zu ihren Anhängern. Eine der hauptsächlichsten Stützen für die Meinung, daß dem Bürgen die hauptschuldnerischen Einreden auf Grund eignen Rechts zuständen, bildete l. 62 D. 2, 14, wonach dem Bürgen solche Einreden bleiben, die dem Hauptschuldner irgend einmal erwachsen sind, ohne Rücksicht darauf, ob sie ihm gegenwärtig noch zustehen, oder durch Verzicht wieder untergegangen sind. Daraus nun, daß die Verbindlichkeit des Bürgen jeder Einwirkung durch den Hauptschuldner völlig entrückt war, entnahm man, daß sich der Gesetzgeber bei Übertragung der Einreden des Hauptschuldners auf den Bürgen durch nichts weniger als die Rücksichtnahme auf den Hauptschuldner,

sondern vielmehr allein durch die Fürsorge für den Bürgen als solchen habe leiten lassen.

Heute kann die Frage nicht mehr zweifelhaft sein. Entstehungsgeschichte und Wortlaut von § 768 B.G.B. („der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen") lassen der Ansicht Girtanners keinen Raum mehr. Es ist unstreitig, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Bürgen um seiner selbst willen schützt.

Im gemeinen Rechte wurde weiter unterschieden zwischen höchstpersönlichen Einreden (exceptiones personae cohaerentes) und solchen, die sich aus der Natur, der Beschaffenheit der Hauptschuld (exceptiones rei cohaerentes) ergaben. Nur die letzteren kamen dem Bürgen zugute.

Im heutigen Recht ist auch diese Unterscheidung in Wegfall gekommen. § 768 B.G.B. gibt dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners schlechthin und bringt insofern die Akzessorietät der Bürgschaft zu viel schärferem Ausdruck als das römische und gemeine Recht. Eine große praktische Bedeutung ist freilich den höchstpersönlichen Einreden nicht mehr zuzusprechen. Ihre Hauptfälle sind der auf die Person des Hauptschuldners beschränkte Stundungsvertrag, d. h. der Vertrag, durch den der Gläubiger dem Hauptschuldner mit der Maßgabe Stundung gewährt, daß der Bürge nicht berechtigt sein soll, sich darauf zu berufen, und die Einrede des Notbedarfs. — Ersterer, das römischrechtliche pactum de non petendo in personam, kam übrigens auch schon früher — nämlich seit Erlaß der Nov. 4 — dem Bürgen immer dann zugute, wenn ihm die exceptio excussionis zustand, und letztere, das römischrechtliche beneficium competentiae, hat um deswillen wenig Wert, weil Bürgschaften für solche Verpflichtungsgeschäfte, denen sie zur Seite steht, nur ganz selten übernommen werden: dürfte doch diese Einrede des Notbedarfs regelmäßig begründet sein, wenn es überhaupt zur Inanspruchnahme des Bürgen kommt, und welchen

Wert hat eine solche Bürgschaft? Von Gesetzes wegen ist übrigens die Einrede des Notbedarfs nur für die Schenkung und hier wieder nur für den Geschenkgeber vorgesehen (§ 519 B.G.B.) — denn die Vergünstigung, die in § 529 Abs. 2 dem Beschenkten eingeräumt wird, ist andrer Art: ihm verschafft die Kompetenz nicht nur eine Einrede, sondern sogar einen anspruchausschließenden Einwand.

Von den sachlichen Einreden seien folgende als bemerkenswert hervorgehoben:

1. Die Einrede der Verjährung.

Zu beachten ist hinsichtlich ihrer, daß sie dem Bürgen nicht nur dann zusteht, wenn sie für den Hauptschuldner begründet ist: auch die Bürgschaft als solche kann verjähren. Denn Bürgschaft und Hauptschuld sind nicht eine „einige" Obligation (ein Begriff, den unser Gesetzbuch gar nicht mehr kennt), sondern sind zwei verschiedene Obligationen, und zwar bilden sie ihrer Grundnatur nach ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne von § 421 B.G.B. (welches eben, im Gegensatz zum römischen Recht, als eine Mehrheit von Schuldverhältnissen aufgefaßt werden muß: vgl. die zur römischrechtlichen Korrealobligation gegensätzlichen Bestimmungen in § 425 B.G.B.), das nur stark modifiziert ist durch die Akzessorietät der Bürgschaftsverbindlichkeit.

Und interessant ist, daß die Verjährung der Bürgschaft als selbständiger Obligation zufolge § 202 Abs. 2 B.G.B. auch läuft, solange dem Bürgen noch die Einrede der Vorausklage (§ 771 B.G.B.) oder der Anfechtbarkeit oder Aufrechenbarkeit (§ 770 B.G.B.) zur Seite steht: eine auffallende Abweichung von der in § 202 Abs. 1 B.G.B. enthaltenen allgemeinen Regel, daß die Verjährung eines Anspruchs gehemmt bleibt, solange der Verpflichtete eine aufschiebende Einrede geltend machen kann.

Eine Eigentümlichkeit der Verjährungseinrede liegt schließlich noch darin, daß sie kein Rückforderungsrecht gewährt, wenn trotz ihres Vorhandenseins geleistet worden ist: § 813 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. Sie stellt in dieser Beziehung die einzige Ausnahme unter den Dauereinreden des Gesetzbuchs dar: § 813 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.

2. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Sie kommt nur in Frage, wenn es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt (§ 320 B.G.B.). Regelmäßig liegt ein solcher (wenn er überhaupt vorliegt) nur in Ansehung der Hauptschuld vor, es ist aber denkbar, daß auch die Bürgschaft auf einem gegenseitigen Vertrage beruht, und dann hat der Bürge nicht nur, wie im ersten Falle, die exceptio non adimpleti contractus, d. h. das Recht, negativ die Erfüllung der Bürgschaftspflichten zu verweigern, sondern kann sogar positiv auf Erfüllung der Gläubigerpflichten klagen. Dieses Recht ist durchaus nicht unpraktisch. Man denke z. B., daß er sich gegen eine gewisse Vergütung verbürgt hat, und daß die Summe, wegen deren er dann in Anspruch genommen werden könnte, infolge einer Teilleistung des Hauptschuldners geringfügiger ist als die Vergütung.

3. Die sogen. Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, welche bedeutet, daß der Bürge sich auf das im Prozesse gegen den Hauptschuldner ergangne günstige Urteil auch seinerseits berufen kann.[1])

---

[1]) Es handelt sich bei dieser „Einrede" nicht um eine solche im technischen Sinne. Zwar besitzt sie, wie alle Einreden, die Eigentümlichkeit, daß sie den Anspruch, gegen dessen Geltendmachung sie vorgebracht wird, in seiner Existenz unberührt läßt — ist doch durch die rechtskräftige Entscheidung der Anspruch keineswegs vernichtet, sondern lediglich in Ansehung desselben von der Staatsgewalt mit bindender Kraft erklärt worden, daß der Streit um ihn definitiv erledigt sein soll! — aber ein anderes wesentliches Begriffsmerkmal der Einrede fehlt ihr, d. i. die Verzichtbarkeit.

Ihre Existenz hat an sich nichts Eigentümliches, und ebensowenig sind Besonderheiten an ihr festzustellen, aber sie soll hervorgehoben werden um des Gegensatzes willen, daß das zum Nachteile des Hauptschuldners ergangene Urteil den Bürgen nicht präjudiziert, d. h., daß der Gläubiger in diesem Falle nicht das Recht hat, dem Bestreiten des Bestandes der Hauptschuld durch den Bürgen die Replik der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenzustellen. — Dies ergibt sich aus dem in § 325 C.P.O. ausgesprochenen Grundsatze der subjektiven Rechtskraft des Urteils, wonach es nur für und gegen die Parteien und diejenigen Personen wirkt, welche nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder den Besitz der im Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist. Zu allen diesen Personen gehört aber der Bürge als solcher zweifellos nicht. Wenn danach eine frühere Entscheidung des Reichsgerichts (IV, 140/89 v. 16. IX.) ausführt: „es sei nicht zu beanstanden, daß der Berufungsrichter aus dem Umstande, daß der Hauptschuldner wegen 5000 Mk. ein Versäumnisurteil gegen sich hat ergehen lassen, tatsächlich folgert, daß diese dem Hauptschuldner gezahlt worden seien, und deshalb auch den Bürgen insoweit verurteilt", so ist diese Entscheidung jedenfalls für das heutige Recht als richtig nicht mehr anzuerkennen.

Kontrovers ist die Frage, ob der Bürge auf Einreden des Hauptschuldners verzichten kann, ohne doch insoweit seine Bürgeneigenschaft zu verlieren. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre bejaht Schollmeyer (Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 84) diese Frage mit der einen Einschränkung, daß infolge des Einredenverzichts die Bürgschaft ihren akzessorischen Charakter nicht vollständig abstreifen dürfe; er erkennt also z. B. in dem Falle den Mangel der Bürgschaftsqualität an, wo für eine

nichtige Schuld interzediert, und auf den Einwand der Nichtigkeit verzichtet wird. — Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Der Inhalt einer Verbindlichkeit wird mitgebildet durch die vorhandenen Einreden. Jede Einrede schwächt die Verbindlichkeit und jeder Verzicht auf eine Einrede läßt sie wachsen, vermehrt ihren Gehalt. Verzichtet folglich der Bürge auf eine Einrede, die dem Hauptschuldner zusteht, so ist die Bürgschaftsverbindlichkeit umfangreicher als die Hauptschuld, d. h. es ergibt sich hinsichtlich ihrer ein plus, für das es an einer Hauptobligation fehlt; diese aber ist, wie schon mehrfach hervorgehoben, die notwendige Voraussetzung für eine Bürgschaft. Für den Bürgen als solchen ist demnach der Verzicht unwirksam.

§ 6.

Mit der Hauptschuld geht auch die Bürgschaft unter.

Alle Aufhebungsgründe der Hauptschuld (Zahlung, Leistung an Erfüllungsstatt, Aufrechnung, Hinterlegung mit Verzicht auf das Recht zur Rücknahme, Konfusion von Hauptschuld und Gläubigerschaft usw.) bewirken auch Aufhebung der Bürgschaft: § 767 Abs. 1 Satz 1. Ist aber die Befreiung des Bürgen einmal eingetreten, so kann sie niemals wieder rückgängig gemacht werden.[1]) Hat also ein aus mehreren Schuldverhältnissen verpflichteter Hauptschuldner die verbürgte Schuld getilgt, so kann er nicht nachträglich bestimmen oder mit dem Gläubiger vereinbaren, daß die erfolgte Leistung auf eine andere als

[1]) Ausnahmen nur in §§ 1976, 1991 B.G.B. Danach wird bei Trennung des Nachlasses vom Vermögen des Erben die mit dem Erbfalle eingetretene Konfusion wieder aufgehoben und damit die bereits erloschene Bürgschaftsverbindlichkeit von neuem existent.

die durch Bürgschaft gesicherte Obligation angerechnet werden solle.

Hierbei taucht die Frage auf, auf welche Schuld das von einem aus mehreren gleichartigen Schuldverhältnissen obligierten Schuldner Gezahlte anzurechnen ist, wenn es zur Tilgung sämtlicher Schulden nicht ausreicht, der Schuldner bei der Leistung auch keine Bestimmung getroffen hat, und wenn — worauf es hier ankommt — für das eine oder andere Schuldverhältnis eine Bürgschaft bestellt ist. — Durch § 366 Abs. 2 wird die Frage für den Fall beantwortet, daß die dem Gläubiger hinsichtlich der verschiedenen Forderungen gebotene Sicherung eine ihrem Werte nach verschiedene ist: alsdann werden durch die Leistung zunächst die minder sicheren — ihre Fälligkeit vorausgesetzt — getilgt. Wie aber, wenn alle Forderungen gleich sicher sind? Die Antwort des Gesetzes (§ 366 Abs. 2), daß dann die „lästigere" getilgt werden soll, bedarf der Auslegung, und diese dürfte nur in einem, im Leben freilich besonders seltenen Falle nicht quaestio facti sein, nämlich dann, wenn für die nicht bürgschaftlich gesicherten Forderungen überhaupt keine besonderen Sicherheiten bestellt sind, sie vielmehr durch die notorische Zahlungsfähigkeit des Schuldners allein den bürgschaftlich gesicherten an Bonität gleichkommen. Unter dieser Voraussetzung sind die letzteren zweifellos die dem Schuldner lästigeren, denn hinsichtlich ihrer wird der Schuldner außer mit der ursprünglichen mit noch einer zweiten, wenn auch bedingten Gläubigerschaft — eben der des Bürgen — beschwert, die ihm mancherlei Schaden verursachen kann: vgl. § 775 Ziff. 3 B.G.B. und § 12 dieser Abhandlung, wonach der Bürge eine vom eigentlichen Gläubiger dem Schuldner gewährte Stundung illusorisch machen kann.

Von diesem einen Falle aber abgesehen, dürfte bei der in Rede stehenden Konstellation die Auslegung des Begriffs „lästigere Schuld" stets quaestio facti sein; ins-

besondere läßt sich eine abstrakte Entscheidung nicht fällen, wenn ein Teil der Forderungen durch Bürgschaft, ein anderer durch fremdes Pfand und ein dritter durch eigene Pfänder des Schuldners gesichert ist: können doch die durch eigenes Pfand des Schuldners gesicherten Forderungen — die auf den ersten Blick als die am wenigsten lästigen erscheinen dürften — in concreto aus dem Grunde ganz besonders lästig sein, weil die Pfandgegenstände durch außergewöhnliche Marktverhältnisse einen gewinnbringenden Handelsartikel bilden würden.

An anderem Orte war die Rede von dem auf die Person des Hauptschuldners beschränkten Stundungsvertrage, und es wurde festgestellt, daß nach heutigem Rechte die Beschränkung dem Bürgen gegenüber unwirksam ist. Als Gegenstück hierzu ist an dieser Stelle der auf die Person des Hauptschuldners beschränkte Erlaßvertrag zu nennen. Zufolge der Akzessorietät der Bürgschaftsverbindlichkeit kommt auch er, ungeachtet des Willens der vertragschließenden Parteien, dem Bürgen zugute: übrigens wieder ein Fall, der eine Bevorzugung des Bürgen vor anderen Gesamtschuldnern bedeutet, für welche nach § 423 ein Erlaßvertrag zwischen dem Gläubiger und einem von ihnen nur dann allgemein wirkt, wenn der Wille der Vertragschließenden darauf gerichtet war, das ganze Schuldverhältnis aufzuheben.

Besondere Berücksichtigung verdient noch der Fall, wo die Hauptschuld deshalb untergeht, weil dem Hauptschuldner die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird: § 275 B.G.B.

Daß dann nach § 767 Abs. 1 Satz 1 unter allen Umständen — d. h. mag der Bürge an dem Untergang der Hauptschuld die Schuld tragen oder nicht — auch die Bürgschaft als solche untergehen muß (im Gegensatze zum römischen Rechte, wo bei Verschulden des Bürgen die

Bürgschaftsklage bestehen blieb), ist unzweifelhaft, und unstreitig ist weiter auch folgendes:

1. Ist der Untergang des Objekts der Hauptobligation auch für den Bürgen ein kasueller, so ist seine Befreiung eine definitive.

2. Beruht der Untergang des Objekts auf einer unerlaubten Handlung des Bürgen, so wird er in Gemäßheit von §§ 823 f. B.G.B. schadensersatzpflichtig.

Streitig dagegen ist, ob eine Verbindlichkeit des Bürgen entsteht, wenn er die Unmöglichkeit der Hauptleistung zu vertreten hat, ohne daß doch auf seiner Seite der Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne von § 823 f. vorläge.

Die Motive (Bd. 2 S. 666) erwähnen diese Frage, überlassen jedoch ihre Entscheidung der Wissenschaft, und die meisten Schriftsteller verneinen sie ohne weitere Begründung, während Planck (Bem. zu § 765 sub 4 b), dem sich Oertmann anschließt (Bem. 2 zu § 767), die Meinung vertritt, daß im gedachten Falle der Bürge verantwortlich zu machen sei, weil der Bürgschaftsvertrag nicht nur die Pflicht, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen, sondern auch noch die weitere Verpflichtung umfasse, die Erfüllung dieser Verbindlichkeit nicht unmöglich zu machen.

Die Frage ist nur von theoretischer Bedeutung, wenn man die Ansicht für richtig befindet, daß unter die „sonstigen Rechte“ des § 823 Abs. 1 auch die Forderungsrechte fallen. Denn alsdann dürfte fast in jedem Falle, wo der Bürge die Unmöglichkeit der Leistung des Hauptschuldners zu vertreten hat, auch eine unerlaubte Handlung des Bürgen realisiert sein.

Verwirft man jedoch mit Planck und anderen diese Ansicht, so wird die Frage außerordentlich praktisch, da sie dann alle diejenigen Fälle betrifft, welche nicht gerade unter § 826 B.G.B. fallen, in Gemäßheit dessen man nur

dann schadensersatzpflichtig wird, wenn man jemandem in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. — Daß dieses Resultat nicht befriedigt, ist ohne weiteres zuzugeben, der Ausweg aber, den Planck findet, ist kaum gangbar. Denn die nach seiner Meinung von dem Bürgen mit übernommene Verpflichtung, die Erfüllungsmöglichkeit der Hauptschuld zu wahren, fällt, wie Herms (S. 31) richtig ausführt, aus dem Rahmen der Bürgschaft vollständig heraus, ist von ganz anderer Art, als die sich aus der Bürgschaft allein ergebende Verpflichtung, die tatsächlich bestehende Hauptverbindlichkeit zu erfüllen. Wenn § 242 B.G.B. vom Schuldner verlangt, daß er die Leistung so zu bewirken habe, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, so findet diese Vorschrift doch immer nur Anwendung, wenn eben eine Verpflichtung wirklich vorhanden ist: diese ist nach Treu und Glauben zu bestimmen und zu erfüllen, nicht aber kann auf Grund des angezogenen Paragraphen eine völlig neue selbständige Verpflichtung konstruiert werden.

Indes dürfte man auf Grund folgender einfacheren Erwägung zu demselben Resultat wie Planck kommen: Durch Übernahme der Bürgschaft wird man dem Gläubiger zu derselben Leistung obligiert wie der Hauptschuldner; man wird, wie bereits an anderem Orte festgestellt wurde, Gesamtschuldner im Sinne von § 421 B.G.B. Damit tritt man aber doch aus der Reihe der Unbeteiligten, die nur nach Maßgabe der Vorschriften über unerlaubte Handlungen haften, heraus. Die Rechtssätze über das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner greifen mit andern Worten auch hinsichtlich des Bürgen Platz, und danach (§§ 280, 276 B.G.B.) ist seine Schadensersatzpflicht im gedachten Falle von selbst gegeben.

B. In mehreren Richtungen erleidet das Prinzip der Akzessorietät Durchbrechungen.

§ 7.

Allgemeines.

In den bisherigen Ausführungen konnte wiederholt festgestellt werden, daß die Akzessorietät der Bürgschaft im heutigen Rechte viel folgerichtiger und schärfer durchgeführt wird als in früheren Rechten. Indes erleidet sie auch heute noch manche Durchbrechungen, und die Berechtigung derselben läßt sich vielfach nicht verkennen.

Der Zweck der Bürgschaft ist Sicherstellung des Gläubigers, und dieser Zweck würde nicht selten beeinträchtigt, wenn die Akzessorietät der Bürgschaft ohne jede Einschränkung Platz griffe. Es gibt Fälle (vgl. die folgende Darstellung), in denen die Hauptschuld, ohne daß der Gläubiger etwas dagegen tun kann, Abschwächungen erfährt, deren Grund regelmäßig in der Unzulänglichkeit des hauptschuldnerischen Vermögens liegt. Die Bürgschaft an diesen Abschwächungen partizipieren zu lassen, wäre eine unverdiente Wohltat für den Bürgen und eine ungerechte Härte gegen den Gläubiger, da doch der Zweck der Bürgschaft gerade der ist, den Gläubiger vor den Wirkungen der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu schützen.

Andererseits würde die volle Durchführung der Akzessorietät der Bürgschaft auch eine Unbilligkeit gegen den Bürgen bedeuten. Man denke besonders an diejenige Bürgschaft, die für Ansprüche aus laufendem Kredit auf unbestimmte Zeit übernommen wird. Wie leicht kann in solchem Falle die Hauptschuld eine Ausdehnung annehmen, an die von vornherein keiner der Beteiligten, weder der Bürge noch der Gläubiger oder Hauptschuldner, gedacht hat, und es wäre gegen Treu und Glauben, wenn alsdann

der Bürge ins Unbegrenzte mitverhaftet werden könnte. Willkür und Einverständnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner könnten bei derartigen Kreditverhältnissen dem Bürgen ungemein verhängnisvoll werden.

Solche und ähnliche Erwägungen haben auch für das moderne Recht die Normierung von Durchbrechungen der Akzessorietät der Bürgschaft veranlaßt. Mit der Darstellung derselben beschäftigen sich die folgenden Paragraphen, deren Ausführungen teils auf positiven Gesetzesbestimmungen beruhen, teils eine billige Interpretation gesetzgeberischer Gedanken bilden und sich dahin zusammenfassen lassen, daß die Akzessorietät der Bürgschaft in dem Maße Ausnahmen erleidet, als es in erster Linie das Interesse des Gläubigers, in zweiter Linie aber und soweit es sich mit dem nach Treu und Glauben verstandenen Interesse des Gläubigers verträgt, die Rücksicht auf den Bürgen erfordert.

§ 8.

Fälle, in denen die Hauptschuld nachträglich beschränkt wird, während die Bürgschaftsverbindlichkeit in vollem Umfange fortbesteht.

In § 768 Abs. 1 Satz 2 bestimmt unser Gesetzbuch, daß beim Tode des Hauptschuldners der Bürge sich nicht darauf berufen könne, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet, und § 193 Abs. 2 K.O. besagt in Ansehung des Zwangsvergleiches, daß die Rechte der Gläubiger gegen Bürgen des Gemeinschuldners durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden.

Zu § 768 Abs. 1 Satz 2 ist zu bemerken: Das Gesetz kennt sowohl eine ipso jure, als auch eine ope exceptionis eintretende Haftungsbeschränkung des Erben. Anlangend zunächst die letztere, so wird diese geregelt in den §§ 1970

bis 1974 B.G.B. Danach steht dem Erben das Recht zu, die Nachlaßgläubiger (mit den in den angezogenen Paragraphen angegebenen Ausnahmen) im Wege des Aufgebotsverfahrens zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern und ihre Befriedigung insoweit zu verweigern, als sie im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen worden sind und der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft worden ist. Den ausgeschlossenen Gläubigern werden dabei diejenigen gleichgestellt, die ihre Forderungen später als 5 Jahre nach dem Erbfalle dem Erben gegenüber geltend machen, sofern ihre Forderungen dem Erben nicht vor dem Ablaufe der 5 Jahre bekannt geworden oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden sind. Anlangend weiter die von Gesetzes wegen eintretende Haftungsbeschränkung des Erben, so ist diese durch § 1975 B.G.B. vorgesehen, wenn eine Nachlaßverwaltung (d. i. eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger) angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet worden ist, — während es allerdings zur Herbeiführung einer Haftungsbeschränkung des Erben nicht mehr genügt, wenn er lediglich ein Inventar errichtet; diese Errichtung hat, sofern sie rechtzeitig geschehen ist, nach § 2009 B.G.B. nur noch die Wirkung, daß im Verhältnis zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern vermutet wird, daß zur Zeit des Erbfalls weitere Nachlaßgegenstände als die angegebenen nicht vorhanden gewesen seien.

Noch extremer als bei den durch § 768 Abs. 1 Satz 2 getroffenen Fällen ist die Durchbrechung der Akzessorietät der Bürgschaft, soweit § 193 Satz 2 K.O. eingreift. In jenen Fällen bleibt ja die Hauptschuld an sich im vollen Umfange bei Bestand und nur die Haftung dafür erfährt in Anschung des an die Stelle des ursprünglichen Hauptschuldners tretenden Universalsukzessors eine Beschränkung, hinsichtlich des Zwangsvergleichs dagegen hängt die Bürgschaftsverbindlichkeit, insoweit sie über die Vergleichsquote

hinausreicht, vollständig in der Luft. Denn durch den Zwangsvergleich wird (wenn er nicht etwa, was gelegentlich vorkommt, eine bloße Stundung bezweckt), ein Teil der Schuld erlassen. Der die Akkorddividende überschießende Teil der Hauptschuld erlischt also, und zwar vollkommen, existiert also auch nicht, wie manche annehmen, als klaglose Verbindlichkeit weiter (eine solche Annahme müßte, da klaglose Verbindlichkeiten heute die seltene Ausnahme bilden, durch irgend ein Wort im Gesetze gestützt werden!); folglich fehlt für den fraglichen Teil der Bürgschaft überhaupt jede Hauptschuld. — Ob übrigens der Gläubiger, dessen Forderung verbürgt ist, dem Zwangsvergleich zugestimmt hat oder nicht, macht nach unserm Rechte keinen Unterschied mehr, während früher mehrere Kontroversen hierüber bestanden. So machten manche den Fortbestand der vollen Bürgschaftsverbindlichkeit davon abhängig, daß der Gläubiger dem Zwangsvergleiche ausdrücklich widersprochen hatte; andere begnügten sich damit, daß er sich passiv verhalten habe oder doch nicht ausdrücklich zugestimmt habe; andere endlich vertraten die Ansicht, daß der Bürge von dem erlassenen Teile der Forderung unbedingt befreit werde.

Durch die klare Fassung der Konkursordnung sind alle diese Streitfragen heute beseitigt: wie sich auch der Gläubiger zu dem Zwangsvergleich gestellt hat, die Bürgschaftsverbindlichkeit bleibt unter allen Umständen im vollen Umfange existent.

Bemerkt mag noch werden: wenn oben die Meinung vertreten wurde, daß der die Akkorddividende überschießende Teil der Hauptschuld erlösche, so soll damit noch nicht gesagt sein, daß der Hauptschuldner, der trotzdem leistet, ein Rückforderungsrecht hätte; dieses Recht wird ihm durchaus nicht zugesprochen, nur beruht der Ausschluß desselben nicht darauf, daß er eine Naturalobligation (im Sinne des gem. Rechts) erfüllt hätte, sondern

darauf, daß er mit der Vollleistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen hat (§ 814 B.G.B.).

§ 9.

Schutzmittel des Hauptschuldners, die dem Bürgen nicht zustehen.

In § 5 dieser Abhandlung wurde ausgeführt, daß die Einreden gegen die Forderung, die der Hauptschuldner hat, auch dem Bürgen zustehen. Daß ihm des weiteren alle Einwände, d. h. Tatsachen, deren Vorhandensein die Hauptschuld vernichtet oder beschränkt, zugute kommen, versteht sich von selbst (§ 767 Abs. 1 Satz 1). Nun ist aber denkbar, daß der Hauptschuld zwar noch keine Einwendung entgegensteht, daß jedoch die Möglichkeit vorhanden ist, einen Einwand zu schaffen. Das kann geschehen durch Anfechtung, Aufrechnung, Wandlung, Minderung, Rücktritt vom Vertrage, Vorbehalt bei Annahme nicht gehöriger, insbesondre nicht rechtzeitiger Erfüllung. Bei solcher Sachlage nun ist der Bürge ungünstiger gestellt als der Hauptschuldner. Denn alle diese, einen Einwand begründenden Willensakte vorzunehmen, ist lediglich der Hauptschuldner selbst berechtigt, wie sich aus den einschlägigen §§ 119, 387, 463, 346, 262 und 341 B.G.B. ergibt, auf Grund deren immer nur demjenigen, der die Hauptschuld eingegangen ist (bezw. seinem Rechtsfolger), die Dispositionsgewalt über das Schuldverhältnis eingeräumt ist. Nimmt dieser nun den betreffenden Willensakt vor, so kommt der Erfolg auch dem Bürgen zustatten (§ 767 Abs. 1 Satz 1), unterläßt er ihn aber, so ist der Bürge machtlos — soweit nicht die Bestimmungen des § 770 B.G.B. eingreifen, die ihm wenigstens einen gewissen Schutz gewähren.

Nach § 770 Abs. 1 kann nämlich der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner die Befugnis zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, und nach Abs. 2 steht dem Bürgen die gleiche Befugnis zu, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann.

Hiernach ist also dem Bürgen zwar nicht das Recht gegeben, Anfechtung und Aufrechnung selbst zu erklären (wie er es nach gemeinem Rechte konnte), wohl aber kann er die Aufrechenbarkeit und Anfechtbarkeit der Hauptschuld seitens des Hauptschuldners einredeweise vorschützen.

Der Wert dieser Schutzvorschrift ist freilich nicht allzuhoch anzuschlagen, da er vollkommen vom Verhalten des Hauptschuldners abhängig ist. Verliert dieser das Recht zur Anfechtung oder Aufrechnung durch sein Verschulden, so verliert auch der Bürge seine Einreden. Kolludiert daher der Hauptschuldner mit dem Gläubiger, d. h. macht er absichtlich keinen Gebrauch von seinem Anfechtungsrecht oder nimmt er etwa die zur Aufrechnung geeignete Leistung des Gläubigers an, um sie schleunigst aus seinem Vermögen wieder auszuscheiden, so ist dem Bürgen hiergegen keine Handhabe geboten, und dann werden die ihm durch § 770 gegebenen Einreden bedeutungslos bezw. hinfällig.

Denkbar ist übrigens, daß der Hauptschuldner die ihm zustehende Anfechtung nicht nur tatsächlich unterläßt bezw. die Aufrechnung dadurch unmöglich macht, daß er die ihm vom Gläubiger geschuldete aufrechenbare Leistung annimmt oder erläßt, sondern daß er sogar rechtsgeschäftlich auf Anfechtung und Aufrechnung verzichtet. Über die Wirkung solchen Verzichts wird in anderem Zusammenhange gesprochen werden: vgl. § 12 dieser Abhandlung.

Nach dem Wortlaute des Abs. 2 ist die Aufrechenbarkeitseinrede des Bürgen auf den Fall beschränkt, wo sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Ob an diesem Wortlaut auch streng zu haften ist, ist in der Literatur streitig, ohne daß freilich, wie vorausgenommen werden mag, die Streitfrage eine große praktische Bedeutung hätte. Denn regelmäßig werden dann und nur dann, wenn auch dem Hauptschuldner die Aufrechnungsbefugnis erwächst, auf der Gläubigerseite die Voraussetzungen zur Aufrechnung erfüllt sein. Ausnahmen gibt es jedoch, und das Bürgerliche Gesetzbuch selbst normiert eine solche, indem es in § 393 bestimmt, daß die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung unzulässig sei. Wegen solcher Ausnahmen ist eine Stellungnahme zu der Streitfrage unerläßlich.

Um auf den Fall des § 393 zu exemplifizieren, so würde nach dem Wortlaute des Gesetzes dem Bürgen die Einrede der Aufrechenbarkeit zu versagen sein, wenn sich zwar nicht der Gläubiger, wohl aber der Hauptschuldner durch Aufrechnung befreien könnte, weil sich sein Gegenanspruch aus einer vom Gläubiger begangenen unerlaubten Handlung herleitet. — Daß diesem Wortlaut streng zu folgen sei, lehrt u. a. Cosack (Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 4. Aufl.), und zwar im Gegensatz zu der von ihm in der ersten Auflage seines Buches vertretenen Ansicht, welche dahin ging, daß dem Bürgen nach Analogie des § 768 Abs. 1 Satz 1 (wonach er die Einreden des Hauptschuldners geltend machen kann!) das Recht einzuräumen sei, nicht bloß die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zu verweigern, sondern sogar die Aufrechnung selbständig, und zwar auch gegen den Willen des Hauptschuldners zu erklären.

Diese frühere Meinung Cosacks ging nun gewiß zu

weit: der in § 770 unzweideutig ausgesprochene Wille des Gesetzgebers, daß der Bürge mit einem Anspruche des Hauptschuldners nicht selbst solle aufrechnen dürfen, steht in offenem Widerspruche zu ihr. Und auch ihre Begründung war unhaltbar, denn von einer Analogie zwischen den Einreden des Bürgerlichen Gesetzbuches einerseits und Anfechtung und Aufrechnung andrerseits kann keine Rede sein. Allerdings besteht insofern eine gewisse Ähnlichkeit, als sowohl Einredetatsachen wie Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht an sich die Existenz der Schuld unberührt lassen, geradezu gegensätzlich werden aber diese angeblichen Analoga in dem Augenblicke ihrer Geltendmachung: denn während die Einreden auch dann noch die Schuld bei Bestand lassen und nur eine Verurteilung ausschließen, haben Anfechtung und Aufrechnung die Wirkung, daß sie die Schuld überhaupt vernichten.

Läßt sich sonach die in der ersten Auflage von Cosacks Lehrbuch ausgesprochene Meinung nicht halten, so kann sich der Verfasser dieser Schrift doch auch der gegenwärtigen Lehre des Genannten nicht anschließen, welche damit motiviert wird, daß der Bürge ebensowenig wie er ohne den Willen des Hauptschuldners dessen Geld zur Befriedigung des Gläubigers verwenden dürfe, mit einer dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehenden Gegenforderung den Anspruch des Gläubigers beseitigen oder auch nur hemmen könne.

Dieser Erwägung dürfte der Wille des Gesetzgebers entgegenzuhalten sein. Schärfer als im bisherigen Rechte tritt im Bürgerlichen Gesetzbuch die Tendenz hervor, den Bürgen dem Gläubiger gegenüber nicht ungünstiger zu stellen als den Hauptschuldner. Alle Rechtsbehelfe des letzteren, deren juristische Struktur es nur irgend erlaubt, werden vom Gesetzgeber, sofern nur das berechtigte Interesse des Gläubigers nicht verletzt wird, auch dem Bürgen eingeräumt: die denkbar weiteste Ausdehnung des

Akzessorietätsprinzipes wird diesem Zwecke gewidmet. Da tritt dem Gesetzgeber bei der Aufrechnung ein Hindernis entgegen; ihrer rechtlichen Natur nach ist sie von der Person des Schuldners selbst untrennbar. Es würde einen Begriffsumsturz bedeuten, wenn sie der Gesetzgeber auch dem Bürgen zugestehen wollte. Was tut er nun? Er beruhigt sich nicht dabei (wie noch im ersten Entwurf!), daß dem Bürgen das Aufrechnungsrecht schlechthin versagt bleiben muß: um der oben hervorgehobenen Tendenz willen findet er einen Ausweg und gibt dem Bürgen die Berufung auf die Aufrechenbarkeit der Forderungen von Gläubiger und Hauptschuldner. Leitet sich aber sonach die Einrede der Aufrechenbarkeit des Bürgen aus der Erwägung her, die durch die Aufrechnungsmöglichkeit für den Hauptschuldner geschaffene günstige Rechtslage auch dem Bürgen nach Kräften zugute kommen zu lassen, so erscheint es sinngemäß, die Einrede dem Bürgen erst recht zu geben, wenn jene günstige Rechtslage des Hauptschuldners noch dadurch verbessert wird, daß nur ihm und nicht auch zugleich dem Gläubiger die Aufrechnung gestattet ist. — Ähnlich äußert sich Herms (S. 36) zu dieser Frage, der hiernach zu dem vom Verfasser geteilten Schlusse kommt, daß die Worte des Gesetzes „solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung befreien kann“ nur deklaratorische Bedeutung haben und lediglich den durchaus regelmäßigen Fall bezeichnen wollen, daß beide Parteien zur Aufrechnung befugt sind.

Anhangsweise soll hier noch folgender Fall erörtert werden: nicht der Hauptschuldner, sondern der Bürge hat eine Forderung gegen den Gläubiger. Diese Forderung ist ihrem Gegenstande nach der des Gläubigers gleichartig und, ebenso wie diese, fällig. Es steht zur Frage, ob der Bürge, ohne vom Gläubiger in Anspruch genommen worden zu sein, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners durch Aufrechnung mit seiner Forderung tilgen kann.

Dieser Fall ist im Konkurse über das Vermögen der Leipziger Bank praktisch geworden, und das Reichsgericht (vgl. R.G.E. Bd. 53 S. 403) hat hierbei obige Frage im bejahenden Sinne entschieden, während in einer, kurze Zeit darauf im „Recht“ erschienenen und auf denselben Fall Bezug nehmenden Abhandlung von Sievers die entgegengesetzte Meinung verfochten wird.

Um die Begründung, die das Reichsgericht seiner Entscheidung gegeben hat, vorauszunehmen, so ist diese außerordentlich kurz und besteht darin, daß, da die Bürgschaftsschuld und die Forderung des Bürgen an den Gläubiger sich als gleichartig und fällig gegenüberstanden, kein Grund einzusehen sei, warum die Aufrechnung seitens des Bürgen nicht hätte erfolgen können.

Das Reichsgericht setzt also bei dieser Begründung als selbstverständlich voraus, daß durch die Bürgschaft an sich ein echtes persönliches Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen geschaffen wird. Das ist aber eine Voraussetzung, die in der Literatur durchaus nicht als selbstverständlich angenommen wird und die einer besonderen Begründung durch das Reichsgericht umsomehr bedurft hätte, als dieses in derselben Entscheidung den Gesamtschuldcharakter von Hauptschuld und Bürgschaft leugnet. Wie konstruiert dann eigentlich das Reichsgericht die Obligation zwischen Gläubiger und Bürgen, die es Bürgschaftsschuld nennt? Nach Meinung des Verfassers ist die Bürgschaft, wie schon an früherer Stelle ausgesprochen, zweifellos ein Fall eines Gesamtschuldverhältnisses im Sinne des § 421 B.G.B. Dies folgt, mangels besonderer entgegenstehender Vorschriften im Titel über die Bürgschaft, aus den §§ 427, 431, wonach die Schuldner einer unteilbaren Leistung stets, einer teilbaren Leistung aber im Zweifel (d. h. also, wenn nicht Teilung ausdrücklich vereinbart ist) als Gesamtschuldner haften, wenn sie sich gemeinschaftlich zu derselben durch Vertrag verpflichtet haben, wobei es —

vgl. Planck, Bem. zu § 427 — keinen Unterschied macht, ob die gemeinschaftliche Verpflichtung in einem oder durch verschiedene, nicht uno actu abgeschlossene Verträge übernommen ist. Es ist nicht abzusehen, warum das Reichsgericht und auch zahlreiche Schriftsteller (vgl. Endemann I § 154 Anm. 4 am Schlusse und Sievers in der bezeichneten Abhandlung) annehmen, daß die Bestimmungen des 6. Abschnitts auf die Bürgschaft nur insoweit Anwendung finden sollen, als ausdrücklich darauf Bezug genommen worden ist (das ist geschehen hinsichtlich der Verhältnisse von Mitbürgen in §§ 769, 774). Daß das Gesamtschuldverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen durch das Prinzip der Akzessorietät stark modifiziert wird, kann doch den Grundcharakter desselben nicht aufheben. Und gerade weil der Verfasser in Hauptschuld und Bürgschaft ein Gesamtschuldverhältnis sieht, kommt er zu demselben Resultat bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage, wie das Reichsgericht. Denn als Gesamtschuldner wird der Bürge von vornherein hinsichtlich derselben Obligation wie der Hauptverpflichtete echter persönlicher Schuldner des Gläubigers und kann deshalb von dem Augenblicke an, wo die Hauptschuld und damit auch seine eigne fällig wird, mittels einer ihm zustehenden gleichartigen und ebenfalls fälligen Schuld mit Tilgungswirkung hinsichtlich des ganzen Schuldverhältnisses aufrechnen.

Die Abhandlung von Sievers geht auf die Begründung des Reichsgerichts in ihrer Gesamtheit gar nicht eigentlich ein, knüpft vielmehr an einen einzelnen Satz derselben an, inhalts dessen eine analoge Anwendung des in den §§ 268 Abs. 2, 1142, 1224 und 1249 ausgesprochenen Grundsatzes auf den Bürgen als nach Meinung des Reichsgerichts nicht unmöglich angesehen wird. Während nun aber das Reichsgericht auf diesen Gedanken gar nicht weiter zurückkommt, ihn insbesondere seiner Entscheidung nicht zugrunde legt, nimmt Sievers zu ihm Stellung und bekämpft ihn

als unrichtig. Nach den Bestimmungen der aufgeführten Paragraphen kann u. a. der Eigentümer des verpfändeten Grundstücks, der Eigentümer der verpfändeten beweglichen Sache und der Verpfänder der letzteren mit eignen Forderungen gegen die dem Pfandgläubiger an den persönlichen Schuldner zustehenden Forderungen aufrechnen. Der Folgerung nun — die Sievers als vom Reichsgericht vertreten annimmt —, daß diese Vergünstigung, die den Realinterzedenten gewährt ist, auch den Personalinterzedenten zuzusprechen sei, tritt Sievers mit dem Hinweis darauf entgegen, daß die Redaktion des Gesetzes viel zu sorgfältig gewesen sei, als daß es als ein Versehen des Gesetzgebers aufgefaßt werden könne, daß er die Worte, welche bei den Realinterzedenten regelmäßig wiederkehren („die Befriedigung kann auch durch Aufrechnung oder Hinterlegung erfolgen") beim Bürgen weggelassen hat. Vielmehr sei dies Absicht und finde seine gute Begründung darin, daß dingliche Interessen höheren Schutz genießen sollen als bloß persönliche.

Es soll zugegeben werden, daß das Fehlen der Worte „die Befriedigung kann auch durch Aufrechnung oder Hinterlegung erfolgen" im Bürgschaftsrechte auf keinem Redaktionsversehen beruht, der Grund ihres Fehlens ist aber zweifellos ein anderer, als der von Sievers verfochtene. Beim Bürgen ist eben diese besondere Bestimmung, die sich in Ansehung der Realinterzedenten findet, nicht nötig, während sie bei jenen, wenn anders sie eingreifen soll, unentbehrlich ist. Denn beim Realinterzedenten fehlt ja sonst die condicio sine qua non für die Aufrechnungsmöglichkeit, nämlich die persönliche Schuldnereigenschaft. Beim Bürgen dagegen ist, wie oben gezeigt wurde, die Voraussetzung des § 387 B.G.B. sowieso schon gegeben: er ist von vornherein persönlicher Schuldner und hat deshalb ohne weiteres die Aufrechnungsbefugnis.

§ 10.

Trotz Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaft in einer Person bleibt die letztere bei Bestand.

Eine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob bei Vereinigung von Hauptschuld und Bürgschaft in einer Person die Bürgschaft bei Bestand bleibt, findet sich im Gesetzbuche nicht, während im römischen Rechte diese Frage geregelt war. Und zwar wurde sie im Prinzipe verneint, ganz eigenartig aber dann beantwortet, wenn die Bürgschaftsverbindlichkeit plenior als die Hauptschuld war, d. h. wenn sie für den Gläubiger deshalb wirksamer war, weil sie für eine klaglose Schuld bestellt oder aber durch Nebenrechte gesichert war. In solchen Fällen blieb nämlich die Bürgschaft bestehen, aber nicht neben der Hauptschuld, sondern ohne diese: die letztere ging unter.

Nach dem Rechte unseres Gesetzbuches ist eine derartige Konstruktion ausgeschlossen. Das Prinzip der Akzessorietät, wie es in den §§ 765 f ausgesprochen ist, macht die Existenz einer Bürgschaft ohne das gleichzeitige Vorhandensein einer gültigen Hauptschuld (mit den in § 8 dieser Abhandlung besprochenen Ausnahmen unmöglich. Zu untersuchen ist aber, ob etwa Bürgschaft und Hauptschuld nach ihrer Vereinigung in einer Person nebeneinander fortbestehen.

In der Literatur wird diese Frage im allgemeinen (wie im römischen Recht) verneint, dagegen für solche Fälle bejaht, wo der Fortbestand der Bürgschaft für den Gläubiger von Interesse ist, und es wird zur Begründung dieser Ansicht entweder geltend gemacht, daß die Bürgschaft eine juristisch selbständige Verbindlichkeit sei (so Planck), oder aber auf die Vorschriften der §§ 1063 und 1256 B.G.B. hingewiesen, wonach Nießbrauch und Pfandrecht bei Konfusion unter der genannten Voraussetzung ebenfalls bei Bestand bleiben.

Der letzteren Argumentation ist entgegenzuhalten: wenn der Gesetzgeber die in den §§ 1063 und 1256 gegebenen Bestimmungen auf die Bürgschaft hätte ausdehnen wollen, so würde er dies jedenfalls ausdrücklich normiert haben, denn gedacht hat er wohl an die Konfusion von Hauptschuld und Bürgschaft, wie § 678 des 1. Entwurfs beweist, inhalts dessen bei Konfusion die Bürgschaft insoweit fortbestehen sollte, als der Gläubiger daran ein Interesse habe. Was aber Plancks Begründung anlangt, so ist diese unverträglich mit der — von Planck ja auch vertretenen — Schlußfolgerung, daß die Bürgschaft nur dann bei Bestand bleibe, wenn sie für den Gläubiger von Interesse sei. Denn wenn schon die Bürschaft eine selbständige Verbindlichkeit ist und deshalb die Fähigkeit besitzt, bei Konfusion ihre Existenz neben der Hauptschuld zu behalten, so ist nicht abzusehen, wie diese Existenz durch die zufällige Tatsache, daß etwa noch eine Afterbürgschaft vorhanden oder nicht vorhanden ist, berührt werden kann; sie müßte dann vielmehr unter allen Umständen bestehen bleiben. Und der Verfasser meint, daß dies auch wirklich der Fall ist. Zur Begründung hierfür nimmt er folgenden Ausgangspunkt: Unbestritten ist, daß jemand, der etwa für ein Dahrlehn einen Wechsel ausstellt, die Darlehnssumme erstens als Darlehnsnehmer und zweitens als Wechselschuldner schuldet. Wird damit aber zugegeben, daß jemand dieselbe Leistung aus verschiedenen Rechtsgründen schulden kann, so darf die Behauptung, daß diese verschiedenen Rechtsgründe auch materielle Schuldnerschaft und Bürgschaft sein können, nur bestritten werden wenn sich für diesen speziellen Fall etwas Gegenteiliges aus dem Gesetz ergibt.

Man sagt nun — und deshalb wird die ganze Frage an dieser Stelle behandelt —, daß die Fortdauer der Bürgschaft eine Durchbrechung des Akzessorietätsprinzipes bedeuten würde. Dieser Meinung kann jedoch nicht bei-

getreten werden. Unter Akzessorietät der Bürgschaft versteht man doch bloß Abhängigkeit derselben von der Hauptschuld. Die Hauptschuld aber wird durch die Konfusion anerkanntermaßen gar nicht berührt, und so verträgt es sich also auch mit der strengsten Akzessorietät, daß die Bürgschaftsverbindlichkeit unberührt bleibt.

Weiter macht man geltend, daß nach § 765 eine Bürgschaft nur für die Verbindlichkeit eines Dritten übernommen werden könne.

Damit ist aber doch nur gesagt, daß in dem Augenblicke, wo die Bürgschaft eingegangen wird, Hauptschuldner und Bürge nicht identisch sein dürfen. Von etwaigen Folgen, wenn sie es später werden, ist im Gesetz nichts enthalten, und gerade daraus, daß jenes Postulat nur für einen bestimmten Moment aufgestellt wird und daß im allgemeinen, wie oben dargestellt, derselbe Schuldner dieselbe Leistung aus verschiedenen Rechtsgründen schulden kann, darf entnommen werden, daß durch Konfusion die Existenz der Bürgschaft nicht in Frage gestellt wird. Die in den Materialien zum B.G.B. enthaltenen Äußerungen stehen dieser Meinung auch nicht entgegen: vgl. Protokolle II S. 480, wo es heißt: „Wenn auch theoretisch sich aus dem Begriffe der Bürgschaft ein Zweifel herleiten läßt, ob bei der Vereinigung der Bürgschaftsverpflichtung mit der Hauptverpflichtung die erstere untergehe, so wird doch eine unbefangene Gesetzesanwendung nicht verkennen, daß durch das angegebene Ereignis die Rechte des Gläubigers nicht berührt werden, ohne daß es eines gesetzlichen Anhalts bedürfe. In welcher Weise sich Wissenschaft und Praxis das Fortbestehen der Gläubigerrechte zurecht legen, sei gleichgültig“. Danach hält es der Gesetzgeber selbst wenigstens für möglich, daß die Bürgschaft neben der Hauptschuld unbedingt fortbestehe.

In aller Regel wird freilich das Fortbestehen der Bürgschaft ohne Bedeutung sein, denn es macht weder

für den Gläubiger noch für den Schuldner einen Unterschied, ob letzterer außer als Hauptschuldner auch noch als Bürge haftet. Beide Male steht er mit nicht mehr und nicht weniger als mit seinem ganzen Vermögen für die Schuld ein. Praktische Konsequenzen hat die Fortdauer der Bürgschaft nur in folgenden beiden Fällen:

1. der solvente Bürger beerbt den insolventen Hauptschuldner und beantragt den Nachlaßkonkurs;

2. für die Bürgschaft sind weitere Sicherheiten bestellt wie Nachbürgschaft oder Pfand.

Würde durch Konfusion die Bürgschaft untergehen, so würde der Gläubiger im ersten Fall, wo durch den Nachlaßkonkurs die Verschmelzung der beiden Vermögensmassen in eine verhindert wird, auf die unzulänglichen Mittel des Nachlasses allein angewiesen sein, während er im zweiten Falle der Nachbürgschaft bezw. des Pfandes verlustig ginge, da diese weiteren Sicherheiten zufolge ihrer Akzessorietät den Untergang der Bürgschaft natürlich teilen.

Stellt man übrigens auf den praktischen Erfolg ab, so kommt nach dem vorstehenden die Meinung des Verfassers auf dasselbe hinaus wie die herrschende Lehre, denn die hervorgehobenen Fälle sind just diejenigen, in denen der Gläubiger ein Interesse an dem Fortbestand der Bürgschaft hat, und hinsichtlich dieser wird ja nach dem früher Gesagten auch von der communis opinio die Weiterdauer der Bürgschaft anerkannt.

§ 11.

Auch bei Identitätswechsel der Hauptschuld bleibt die Bürgschaft bei Bestand, wenn der Identitätswechsel auf Gesetz beruht.

Nachträglich können Änderungen der Hauptschuld eintreten. Welchen Einfluß üben diese auf die Bürgschaft aus?

Die Änderungen betreffen entweder nur den Umfang oder aber die juristische Natur und damit die ganze Identität der Hauptschuld. Die Gründe, auf denen sie beruhen, sind entweder Rechtsgeschäft oder Gesetzesvorschrift.

Die den Umfang der Hauptschuld betreffenden Änderungen sind, soweit sie von Gesetzes wegen eintreten, bereits im § 4 dieser Abhandlung besprochen worden, und es wurde daselbst festgestellt, daß sie die Bürgschaftsverbindlichkeit mit ergreifen. Soweit sie auf Rechtsgeschäft beruhen, wird ihre Besprechung den Inhalt des nächsten Paragraphen bilden.

An dieser Stelle sollen diejenigen nachträglichen Änderungen der Hauptschuld behandelt werden, die einen Wechsel ihrer juristischen Natur herbeiführen.

Welchen Einfluß sie auf die Bürgschaft haben, kann aus dem Gesetze allein nicht mit Sicherheit entnommen werden. Die allein einschlägigen Bestimmungen des § 767 Abs. 1 lauten: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird. Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert".

Was hiernach zunächst die auf Rechtsgeschäft beruhenden Wesensänderungen der Hauptschuld anbetrifft, so läßt der Wortlaut des Gesetzes die Deutung zu, daß sie zwar nicht imstande sind, die Bürgschaftsverbindlichkeit zu erweitern, daß sie sie aber jedenfalls bei Bestand lassen, nämlich bis zu ihrem bisherigen Umfange. Diese Deutung findet sich denn auch in der Literatur: vgl. Fischer Henle, Anm. 3 zu § 767, wo als Beispiel eines Rechtsgeschäfts im Sinne von Satz 3 die Übernahme einer anderen Verbindlichkeit an Stelle der alten aufgeführt wird.

Der Verfasser kann sich dieser Interpretation des Gesetzes nicht anschließen und meint vielmehr, daß in Satz 3 lediglich solche Rechtsgeschäfte gemeint sind, die — soweit sie überhaupt die Hauptschuld betreffen — nur deren Umfang erweitern, die Identität derselben aber unberührt lassen. Er kommt hierzu, weil er in Satz 1 das Prinzip und in Satz 3 bloß die Ablehnung einer einzelnen Konsequenz des Prinzipes sieht. Vertritt man aber diese Auffassung, so kann man bei rechtsgeschäftlichen Änderungen der Hauptschuld den Fortbestand der Bürgschaft immer nur dann anerkennen, wenn „die“ Hauptverbindlichkeit, d. h. die ihrer Identität nach ursprüngliche Hauptverbindlichkeit noch bei Bestand bleibt, und diese Voraussetzung entfällt bei jeder Änderung ihrer juristischen Natur, denn eine ihrem Rechtsgrunde nach umgewandelte Schuld ist nicht mehr identisch mit der alten. Darlehnsschuld ist nicht mehr Kaufpreisschuld. Durch die Novation ist die ursprüngliche Schuld untergegangen, und die Bürgschaft ist ihr notwendig in den Untergang gefolgt. Gleichgültig ist hierbei, ob der Bürge der Umwandlung zustimmte oder nicht: das Schicksal seiner Verbindlichkeit ist ganz objektiv mit dem der Hauptschuld untrennbar verbunden, und nur durch völlige Neubegründung der Bürgschaft kann er wieder obligiert werden.

Vorstehende Auslegung des Gesetzes stützt sich auf die Motive zum B.G.B., welche sich (vgl. Bd. 2 S. 664 65) wie folgt äußern: „. . . . Das Prinzip des Entwurfes bedarf der in allen Rechten anerkannten Beschränkung, daß die Haftung des Bürgen sich nicht auf solche Erweiterungen und Änderungen der Hauptverbindlichkeit erstreckt, welche in einem nach der Schließung des Bürgschaftsvertrags von dem Hauptschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, insbesondere in einem nach jenem Zeitpunkte von dem Hauptschuldner erteilten Verzichte auf Einreden sich gründen. Durch ein solches Rechtsgeschäft wird im rechtlichen

Effekte eine neue Verbindlichkeit geschaffen, für welche einzustehen der Bürge nicht versprochen hat. Die Haftung müßte durch besondere neue Vereinbarung übernommen werden. Hieraus ergibt sich z. B., daß der Bürge, wenn der Hauptschuldner dem Gläubiger in einem mit diesem abgeschlossenen Vergleiche eine andere Leistung als die ursprünglich geschuldete, auf welche sich der Vergleich bezog, versprach, für die Erfüllung dieser Leistung nicht haftet, ferner, daß ein Anerkenntnis der Schuld durch den Hauptschuldner den Bürgen nicht bindet.“ Daraus dürfte sich mit voller Gewißheit ergeben, daß der Gesetzgeber bei der Statuierung von Satz 3 nur an solche Rechtsgeschäfte dachte, die — soweit sie die Hauptschuld überhaupt betreffen, was durchaus nicht notwendig ist, vgl. den nächsten Paragraph! — lediglich deren Umfang erweitern.

Eine andre Beurteilung muß hinsichtlich des Einflusses gesetzlicher Novationen der Hauptschuld auf die Bürgschaft Platz greifen.

Bereits an früherer Stelle wurde hervorgehoben und begründet, daß die beiden in Satz 2 aufgeführten, auf Verzug und Verschulden beruhenden und sonach gesetzlichen Änderungen der Hauptschuld nicht als Ausnahmefälle, sondern im Gegenteil als zwei besonders wichtige Anwendungsfälle eines Prinzipes aufzufassen sind. Die Änderungen aber, die in Verzug oder Verschulden ihre Ursache haben, sind nicht bloß Änderungen des Umfanges, sondern können auch Änderungen der juristischen Natur der Hauptschuld sein; man denke nur an den häufigsten Fall, daß durch Verschulden der Gegenstand der Hauptverbindlichkeit vernichtet wird, wodurch naturgemäß auch die Verbindlichkeit selbst zum Untergang gebracht wird, jedoch mit der Folge, daß an ihre Stelle eine neue, als Schadensersatz sich charakterisierende Verpflichtung tritt. Faßt man folglich die Fälle des Satz 2 als Beispiele eines Prinzipes auf, so kommt man zu dem Resultat, daß

bei gesetzlichem Intentitätswechsel der Hauptschuld die Bürgschaft bei Bestand bleibt und von selbst zu der durch die gesetzliche Novation entstandenen neuen Verbindlichkeit hinzutritt. Um hierzu noch ein Beispiel zu bilden, so bleibt also der Bürge mitverhaftet, wenn der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit rechtswirksam angefochten hat, nach § 122 B.G.B. aber das negative Vertragsinteresse zu ersetzen hat.

Daß auch vorstehende Auslegung von Satz 2 der Absicht des Gesetzgebers gerecht wird, ergibt sich wieder aus den Materialien zum B.G.B.: vgl. Mot. II S. 664, wo es heißt: „. . . Aus dem Prinzip des Abs. 1 folgt insbesondere, daß der Bürge auch dann, wenn der Hauptschuldner in dem konkreten Schuldverhältnisse die Gefahr trägt und o h n e sein Verschulden die Leistung ganz oder teilweise unmöglich geworden ist, für die hieraus sich ergebenden Änderungen der Hauptverbindlichkeit einzustehen hat.“ — Keiner weiteren Ausführung bedarf es schließlich, daß die hier vertretene Interpretation von § 767 Abs. 1 am besten und gerechtesten den Interessen des Gläubigers und des Bürgen entspricht.

§ 12.

Die Erweiterungen der Hauptschuld, die auf Rechtsgeschäften beruhen, welche der Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft vorgenommen hat, treffen die Bürgschaftsverbindlichkeit nicht.

Die bisher behandelten Durchbrechungen des Akzessorietätsprinzipes gereichten sämtlich dem Gläubiger zum Vorteil; im nachstehenden sind einige Fälle zu besprechen, durch die dem Interesse des Bürgen gedient wird.

An erster Stelle schlägt in dieser Richtung die eben aus einem andern Grunde besprochene Bestimmung des

§ 767 Abs. 1 Satz 3 ein, die, um sie nochmals zu wiederholen, dahin lautet, daß durch ein Rechtsgeschäft, welches der Hauptschuldner nach Übernahme der Bürgschaft vornimmt, die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert wird.

Herms (S. 28) wirft die Frage auf, ob diese Bestimmung überhaupt eine Durchbrechung der Akzessorietät der Bürgschaft bedeute, und er verneint sie in der Folge mit der Motivierung, daß die durch ein nachträgliches Rechtsgeschäft erweiterte Hauptschuld eine andere sei als diejenige, für die sich der Bürge ursprünglich verbürgt habe, sodaß die Vorschrift des § 767 Abs. 1 Satz 3 geradezu ein Anwendungsfall des Akzessorietätsprinzipes sei.

Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden.

Erstens übersieht Herms, daß ein Rechtsgeschäft, welches die Bürgschaftsverbindlichkeit erweitert oder, richtiger gesagt, erweitern würde, wenn die Bestimmung des § 767 Abs. 1 Satz 3 nicht vorhanden wäre, gar nicht notwendig auch die Hauptschuld erweitert. Man denke beispielsweise daran, daß der Hauptschuldner auf ein ihm gegen den Gläubiger zustehendes Aufrechnungsrecht verzichtet. Dadurch würde zwar ohne § 767 Abs. 1 Satz 3 die Bürgschaftsverbindlichkeit erweitert, denn die durch § 770 begründete Einrede der Aufrechenbarkeit, mit der die Bürgschaft bisher ausgestattet war, käme in Wegfall, die Hauptschuld dagegen bleibt unverändert groß, denn man muß doch zugeben, daß eine Verbindlichkeit nicht schon dadurch, daß ihr auf der Gläubigerseite eine aufrechenbare Gegenschuld gegenübersteht oder nicht mehr gegenübersteht, in ihrem Inhalt berührt wird.

Zweitens aber könnte es, wenn die Hauptschuld durch die Erweiterung wirklich eine andere würde, nicht dabei bewenden, daß die Bürgschaft sich auf die Erweiterung nicht miterstreckt: sie müßte alsdann nach dem früher Gesagten überhaupt untergehen. Das geschieht aber auch

nach Herms Meinung nicht, und ebensowenig wird es von irgend einer andern Seite angenommen, da schlechterdings nicht zu behaupten ist, daß eine Schuld dadurch, daß hinsichtlich ihrer etwa ein höherer Zinsfuß vereinbart wird, ihre Identität wechsle.

Gerade weil aber die Hauptschuld trotz der Erweiterung ihres Umfanges ihrem Wesen, ihrer Identität nach dieselbe bleibt, kommt der Verfasser zu dem Schlusse, daß die Bestimmung des § 767 Abs. 1 Satz 3 in der Tat als eine Durchbrechung des Akzessorietätsprinzipes der Bürgschaft aufzufassen ist: eine Interpretation, die offenbar auch dem Geiste des Gesetzes selbst entspricht, muß man doch aus der ausdrücklichen Normierung des Satzes per argumentum e contrario folgern, daß der Gesetzgeber ohne ihn die Mitverhaftung des Bürgen — für dessen Verpflichtung nach § 767 Abs. 1 Satz 1 der jeweilige Stand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist! — für solche Erweiterungen als notwendige Konsequenz der Akzessorietät angesehen hätte.

Daß übrigens diese Durchbrechung, die auch in allen andern Rechten anerkannt worden ist, vollste Berechtigung hat, ist ohne weiteres zuzugeben.

Rechtsgeschäfte der in Satz 3 bezeichneten Art können natürlich außerordentlich mannigfaltig sein, und es braucht auf sie im einzelnen nicht näher eingegangen zu werden. Am praktischsten dürfte der Vertrag sein, durch den der Hauptschuldner auf eine ihm zustehende Einrede verzichtet; dieser Fall ist im Gesetze auch besonders hervorgehoben: § 768 Abs. 2. Genauer zu betrachten ist nur die durch einen zwischen Gläubiger und Hauptschuldner abgeschlossenen Stundungsvertrag herbeigeführte Änderung der Hauptschuld, da die Frage kontrovers ist, ob in dieser Änderung eine Erweiterung der Hauptschuld zu erblicken sei.

Im Gegensatze zu den meisten Schriftstellern bejaht Oertmann diese Frage — und der Verfasser schließt

sich Oertmanns Meinung an, ohne freilich dessen Begründung teilen zu können, die dahin geht, daß der Bürge bei einer innerhalb der gewährten Frist eintretenden Insolvenz des Hauptschuldners um seine Einrede der Vorausklage kommen könnte.

Diese Begründung ist deshalb abzulehnen, weil die eventuell eintretende Insolvenz des Hauptschuldners, die doch den unmittelbaren und selbständigen Anlaß zum Ausschluß der Einrede der Vorausklage bildet, keineswegs eine Folge des Stundungsvertrages ist, jeder rechtliche Zusammenhang zwischen der Stundung und dem Wegfalle jener Rechtswohltat also bestritten werden muß. — Das richtige, von der Literatur übersehene Moment dürfte vielmehr das sein, daß durch die Stundung die Gefahrtragung verlängert wird, und diese bedeutet zweifellos eine Erweiterung der Hauptschuld, denn das Risiko der Verschlechterung oder zufälligen Untergangs kann jeden Augenblick noch praktisch werden.

Hinsichtlich zweier Fälle erleidet die Bestimmung des § 767 Abs. 1 Satz 3 Ausnahmen. Verzichtet nämlich der Hauptschuldner auf ein ihm zustehendes Anfechtungs- oder Aufrechnungsrecht, so wird hierdurch, wie sich sofort zeigen wird, die Verbindlichkeit des Bürgen in der Tat erweitert.

Bereits an früherer Stelle ist auf § 770 hingewiesen worden. Danach steht dem Bürgen, solange der Hauptschuldner ein Anfechtungs- oder Aufrechnungsrecht hat, die Einrede der Anfechtbarkeit bezw. Aufrechenbarkeit zu. Aus § 767 Abs. 1 Satz 3 ergibt sich, daß er diese Einreden auch behält, wenn der Hauptschuldner auf jene Rechte verzichtet. Und zwar behält der Bürge die Einreden logischerweise so lange, als er sie gehabt hätte, wenn der Hauptschuldner den Verzicht nicht ausgesprochen hätte. Trotzdem ist durch den vom Hauptschuldner erklärten Verzicht ein Nachteil für den Bürgen geschaffen worden, und

dieser liegt darin, daß die Einreden des § 770 einen Teil ihres Wertes verloren haben: denn bis zum Augenblick des Verzichts hatten diese dilatorischen Einreden die rechtliche Chance, sich zu anspruchsvernichtenden Einwendungen zu verstärken, und diese Chance ist ihnen durch den Verzicht genommen, denn der Hauptschuldner ist natürlich an seine Erklärung gebunden und hat deshalb das Recht zur Anfechtung und Aufrechnuug für immer verloren. —

Hervorgehoben soll schließlich noch werden: Solche Rechtsgeschäfte, die die Hauptschuld erweitern, können dem Hauptschuldner und dem Bürgen auch gleichzeitig Erleichterungen bringen. Der Stundungsvertrag bildet hierfür ein vorzügliches Beispiel. Wenn sich alsdann der Bürge auf die durch das Rechtsgeschäft gewährte Erleichterung beruft, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß er das modifizierende Rechtsgeschäft auch in seinen nachteiligen Wirkungen gegen sich gelten lassen muß, denn mit der Berufung auf die Erleichterung erkennt er das Rechtsgeschäft als auch für sich voll verbindlich an.

§ 13.

Fälle, in denen trotz Fortdauer der Hauptschuld die Bürgschaftsverbindlichkeit wieder untergeht.

Daß die Hauptschuld untergehen oder beschränkt werden könnte, ohne daß die Bürgschaft den Untergang oder die Beschränkung teilte, ist nach heutigem Rechte mit den in der bisherigen Darstellung bezeichneten Ausnahmen ausgeschlossen, wohl aber gibt es Fälle, in denen die Verbindlichkeit aus der Bürgschaft untergeht, obgleich die Hauptschuld fortbesteht.

Da ist zunächst zu denken an den Verzicht des Gläubigers auf die Bürgschaft, der sich durch Erlaßvertrag gemäß § 397 Abs. 1 vollzieht. Er soll deshalb her-

vorgehoben werden, weil er unter Umständen den Charakter einer Schenkung trägt. Als solche dürfte er sich nämlich darstellen, wenn der Gläubiger ohne die Bürgschaft den Ausfall des gesicherten Rechts zu besorgen hat und in Kenntnis dieses Sachverhalts die Bürgschaft aufgibt. Denn eine ihrer Realisierbarkeit nach zweifelhafte Forderung ist ein geringeres Vermögensstück als eine mit Bonität ausgestattete. Tauscht deshalb der Gläubiger durch Aufgabe der Bürgschaft eine Forderung der letzteren Art gegen eine der ersteren ein, so vermindert er sein Vermögen, während der Bürge durch denselben Akt, d. h. durch die Entlassung aus einer Obligation, die ihm nur unsichere Regreßansprüche einbringen würde, eine Bereicherung erfährt. Damit sind aber die Wesensmerkmale einer Schenkung im Sinne von § 516 Abs. 1 B.G.B. gegeben. Wird folglich ein derartiger Verzicht nicht sofort vollzogen, sondern vom Gläubiger zunächst nur versprochen, so hängt die Rechtswirksamkeit des Versprechens von der Beobachtung der Form des § 518 ab. Vorstehende Erwägung würde übrigens nicht Platz greifen, wenn es sich statt um Bürgschaft um eine dingliche Sicherstellung der Forderung handelte und der persönliche Schuldner selbst der Eigentümer der verpfändeten Sache bezw. des verpfändeten Grundstücks wäre. Dann würde zwar durch Aufgabe der Sicherheit das Vermögen des Gläubigers wieder vermindert, ohne daß aber dieser Verminderung eine Bereicherung auf seiten des Schuldners gegenüber träte.

Ein zweiter hierher gehöriger Fall ist die an eine Resolutivbedingung geknüpfte Bürgschaft, also etwa diejenige, die für eine aus einer Unterschlagung entstandene Schuld mit der Bedingung übernommen wird, daß der Gläubiger den Hauptschuldner nicht denunziert. Erstattet der Gläubiger trotzdem Anzeige, so geht in demselben Augenblick die Bürgschaft unter.

Besondere Bestimmungen enthält das Gesetz über

einen dritten hier zu behandelnden Fall: die Bürgschaft auf Zeit. Sie wird geregelt in § 777, welcher lautet:

„Hat sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich nach Maßgabe des § 772 betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich diese Anzeige macht.

Erfolgt die Anzeige rechtzeitig, so beschränkt sich die Haftung des Bürgen im Falle des Abs. 1 Satz 1 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Verfahrens hat, im Falle des Abs. 1 Satz 2 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit beim Ablaufe der bestimmten Zeit hat."

Voraussetzung zur Annahme einer Verbürgung auf bestimmte Zeit ist danach die Beschränkung derselben auf eine solche Zeitdauer, und unzureichend ist es deshalb, wenn nur der Verfalltag der Hauptschuld in der Bürgschaftserklärung festgelegt wird. Denn die Festsetzung eines bestimmten Verfalltages der Hauptschuld kann nicht als eine Beschränkung der Bürgschaft auf eine bestimmte Dauer, nämlich auf den Zeitraum bis zum Verfall der Hauptschuld angesehen werden, sondern dürfte sich im Gegenteil als eine Verschärfung der an sich zeitlich unbegrenzten Bürgschaft in Bezug auf den Eintritt des Verzugs darstellen.

Nach dem Wortlaut des § 777 ist das Institut der zeitlich begrenzten Bürgschaft nur für bestehende, also gegenwärtige Verbindlichkeiten vorgesehen. Es liegt indes kein Grund vor, anzunehmen, daß sie damit in Ansehung

künftiger Verbindlichkeiten ausgeschlossen sein solle, zumal in § 765 Abs. 2 ganz ausdrücklich und allgemein gesagt ist, daß eine Bürgschaft auch für zukünftige Verbindlichkeiten übernommen werden könne.

Literatur und Praxis erkennen denn auch die Zulässigkeit einer solchen Bürgschaft unbedenklich an. Aufmerksam zu machen ist aber darauf, daß eine Bürgschaft auf Zeit für künftige Verbindlichkeiten mit noch größerer Peinlichkeit zu präzisieren ist als eine solche für gegenwärtige, beweisen doch zahlreiche Entscheidungen unserer Obergerichte, die in solchen Fällen nötig geworden sind, daß nur zu häufig infolge von Unzulänglichkeiten oder Ungenauigkeiten im Ausdruck die vom Bürgen beabsichtigte zeitliche Beschränkung seiner Obligation verneint werden mußte und höchstens so viel aus seiner Erklärung entnommen werden konnte, daß sie sich auf die innerhalb der angegebenen Zeit durch den Hauptschuldner eingegangenen Verbindlichkeiten beziehe.

Bei Besprechung des § 777 erwähnt Cosack den Fall, daß bei Ablauf der Bürgschaftszeit die Hauptschuld überhaupt noch nicht fällig ist, und er meint, daß alsdann die Bürgschaft sofort untergehe, wenn der Gläubiger kein Kündigungsrecht habe, daß sie dagegen um die volle Dauer der Kündigungsfrist verlängert würde, wenn der Gläubiger im gedachten Augenblick die Befugnis habe, die Fälligkeit der Hauptschuld durch Kündigung herbeizuführen.

Dieser unterschiedlichen Behandlung kann nicht beigetreten werden, und zwar sowohl wegen des Wortlautes des Gesetzes selbst als auch wegen der in den Materialien zum B.G.B. zum Ausdruck gekommenen Meinung des Gesetzgebers. Damit die Haftung des Bürgen sich über die bestimmte Dauer hinaus verlängere, verlangt § 777 Abs. 1 S. 1, daß unverzüglich die Einziehung der Forderung betrieben werde. Einziehung kann aber in Ansehung einer an eine Kündigungsfrist gebundenen Forderung nicht

identifiziert werden mit der Ingangsetzung der Kündigungsfrist, setzt vielmehr den bereits erfolgten Ablauf der Kündigungsfrist, d. h. die Fälligkeit der Forderung voraus.

Dieser Sinn von „Einziehung“ ergibt sich auch aus dem weiteren Wortlaut des Gesetzes, wo der Ausdruck „das Verfahren“ offenbar in der gleichen Bedeutung gebraucht ist, wie die Betreibung der Einziehung der Forderung; daß aber unter dem „Verfahren“ zweifellos die gerichtliche Geltendmachung zu verstehen ist, folgt aus den Ausführungen in den Protokollen zum B.G.B. (vgl. Prot. II S. 485). — Die richtige Meinung dürfte daher die sein, daß hinsichtlich der Konsequenzen für die Bürgschaft zwischen den beiden von Cosack zur Sprache gebrachten Fällen kein Unterschied zu machen sei, daß vielmehr beide Male die Bürgschaft sofort mit Ablauf der Bürgschaftszeit untergehe.

Eine weitere Gattung von hier zu besprechenden Fällen wird geschaffen durch die Bestimmung des § 776.

Gibt danach der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Recht nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist.

Der Sinn des § 776 ist klar und bedarf keiner weiteren Erörterung bis auf folgenden Punkt: Hat die auf Grund von § 776 eintretende Befreiung des Bürgen zur Voraussetzung, daß er aus den — nach der Aufgabe eines oder mehrerer Nebenrechte — noch verbleibenden Nebenrechten der Forderung vollen Ersatz nicht zu erlangen vermag?

Diese Frage wird in der Literatur allgemein bejaht, und Herms (S. 65) geht sogar noch darüber hinaus, indem er eine Befreiung des Bürgen erst dann eintreten lassen

will, wenn er aus dem Vermögen des Hauptschuldners überhaupt Befriedigung nicht zu erwarten hat.

Die von Herms vertretene Ansicht geht nun ganz zweifellos zu weit, wie sich aus § 776 selbst unzweideutig ergibt, aber auch die allgemeine Meinung, die die volle Bürgschaftshaftung bestehen läßt, wenn der Bürge durch die verbleibenden Nebenrechte gedeckt bleibt, kann der Verfasser nicht teilen. Denn ganz abgesehen davon, daß sich der Wert der übrig gebliebenen Nebenrechte jeden Augenblick ändern und deshalb gar nicht vorausgesehen werden kann, ob die Rechte, die im Augenblicke der Inanspruchnahme des Bürgen noch volle Sicherheit für die Forderung bieten, auch noch zur Zeit ihrer Verwertung durch den Bürgen dieselbe Eigenschaft besitzen werden, spricht noch gegen jene Meinung die nach Ansicht des Verfassers dem Gesetze zugrunde liegende ratio, die er unter Zuhilfenahme des in 767 Abs. 1 S. 3 zum Ausdruck gelangten Geistes des Gesetzes als dahingehend interpretiert, daß durch die Bestimmung des § 776 nicht nur der Bürge hinsichtlich seiner künftigen Regreßansprüche gesichert, sondern außerdem der Gläubiger mit der Pflicht beschwert sein soll, seine Forderung mit allem, was ihr adhäriert, unberührt zu lassen, so daß sich die Befreiung des Bürgen vor allem auch als eine Bestrafung des Gläubigers für die Zuwiderhandlung gegen eine ihm obliegende Verbindlichkeit darstellt. — Folgt man dieser Meinung, so muß man konsequenterweise die Befreiung des Bürgen in Höhe des Wertes der aufgegebenen Rechte auch dann eintreten lassen, wenn die verbleibenden Nebenrechte noch volle Sicherheit bieten.

Eine Befreiung des Bürgen kann ferner erfolgen auf Grund von § 775. Dieser lautet: „Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte

eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft erlangen:

1. wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschechtert haben,

2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist,

3. wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit in Verzug ist,

4. wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat.

Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten."

Die Form, in der sich die Befreiung des Bürgen vollzieht, ist folgende: Der Bürge klagt gegen den Hauptschuldner mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, seine — des Bürgen — Befreiung von der Bürgschaftshaftung herbeizuführen.

Die Vollstreckung des diesem Antrage stattgebenden Urteils findet in der Weise statt, daß der Bürge ermächtigt wird, den Gläubiger auf Kosten des Hauptschuldners zu befriedigen, und daß gleichzeitig auf Antrag der Hauptschuldner zur Vorauszahlung der dazu erforderlichen Kosten verurteilt wird. — Daß daneben, wie Scherer meint (vgl. Anm. 3 zu § 775), die Befreiung des Bürgen auch noch auf die Art herbeigeführt werden könne, daß gemäß § 888 C.P.O. der Befreiungsanspruch durch Androhung von Strafen vollstreckt werde, ist deshalb unzutreffend, weil die Voraussetzung hierfür wäre, daß die Befreiung eine nicht fungible Handlung sei. Davon ist aber natürlich keine Rede, denn die Befreiung wird beispielsweise durch Befriedigung des Gläubigers herbeigeführt, und diese kann nach § 267 durch

jeden beliebigen Dritten erfolgen. — Selbstverständlich ist schließlich noch, daß der Hauptschuldner die Befreiung des Bürgen auch dadurch herbeiführen kann, daß er den Gläubiger zwar nicht befriedigt, ihn aber veranlaßt, den Bürgen aus der Haftung zu entlassen oder gar den Hauptanspruch überhaupt zu erlassen, wodurch ja die Bürgschaft ebenfalls zum Untergang gebracht wird.

Auf die einzelnen Befreiungsgründe des § 775 einzugehen, würde über den Rahmen dieser Arbeit, die lediglich das Verhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger zu behandeln beabsichtigt, hinausgehen. Hervorgehoben soll nur werden, daß der unter Ziff. 1 aufgeführte Grund (wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners) insofern eine bedeutsame Neuerung zum gemeinen Recht bildet, als jedes Schuldmoment aus ihm eliminiert ist. Es genügt heute rein objektiv die Vermögensverminderung, um jenen Befreiungsgrund auszulösen, während im gemeinen Rechte eine Vermögens*verschwendung* erforderlich war.

Daß der Befreiungsanspruch des § 775 auch dem selbstschuldnerischen Bürgen zusteht, bedarf keiner weiteren Begründung, liegt doch der Unterschied zwischen ihm und dem gewöhnlichen Bürgen nur in der Richtung nach dem Gläubiger, während sein Verhältnis zum Hauptschuldner keine Besonderheiten aufweist. Wohl aber entfällt der Anspruch des § 775 für den Bürgen, der sich *gegen* den Willen des Hauptschuldners verbürgt hat.

Einen weiteren Fall, wo die Bürgschaft trotz Fortdauer der Hauptschuld untergeht, bildet die Schuldübernahme.

Während nämlich durch den rechtsgeschäftlichen Wechsel des Gläubigers (Zession) die Bürgschaft nach § 401 B.G.B. nicht berührt wird, die Rechte aus ihr vielmehr übergehen, wird sie durch den rechtsgeschäftlichen

Wechsel des Schuldners (Schuldübernahme) nach § 418 Abs. 1 S. 1 zum Erlöschen gebracht.

Der Grund dieser verschiedenen Behandlung ist naturgemäß sehr naheliegend. Die Person des Gläubigers ist für den Bürgen in aller Regel gleichgültig, die Person des Hauptschuldners dagegen von entscheidender Bedeutung, denn auf dem Vertrauen zu ihr basiert die Übernahme der Bürgschaft. — Ist übrigens der Bürge damit einverstanden, daß seine Verbindlichkeit trotz der Schuldübernahme bei Bestand bleibe, so kann er sie nach § 418 Abs. 1 S. 2 dadurch aufrechterhalten, daß er in die Schuldübernahme einwilligt.

Die bisher besprochenen Fälle haben alle das Gemeinsame, daß sie den Untergang der Bürgschaft für bereits vorhandene Verbindlichkeiten behandeln. Im folgenden soll noch ein anders gearteter Fall zur Sprache kommen. Er betrifft die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit für die aus einem Kreditverhältnisse zwischen Gläubiger und Hauptschuldner entstehenden Ansprüche.

Hinsichtlich ihrer hat man von jeher angenommen, daß sie unter Umständen kündbar sei, und auch heute noch huldigt man dieser Meinung, obgleich man prinzipiell die Bürgschaft als solche für unkündbar ansieht, und obgleich weder im früheren noch im heutigen Rechte eine spezielle Bestimmung für die auf unbestimmte Zeit übernommene Kreditbürgschaft existiert; man nimmt sich auch nicht einmal die Mühe, außerhalb des Bürgschaftsrechts, etwa im allgemeinen Teile Bürgerlichen Gesetzbuchs, Belegstellen für diese Meinung zu suchen.

Auch der Verfasser schließt sich der allgemeinen Ansicht an und stützt sich hierfür auf § 133, ev. § 157 B.G.B. Nach § 133 ist bei Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen, und der Verfasser meint, daß in der Mehrzahl der Fälle bei genauerer Prüfung zu finden sein wird, daß die Parteien bei Bestellung der Bürg-

schaft einen in irgend einer Richtung begrenzten Geschäftskreis im Auge gehabt haben. Sollte man aber wider Erwarten mit Hilfe von § 133 noch zu keinem Resultate kommen, so dürfte sicherlich mit § 157 zu helfen sein, welcher bestimmt, daß Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Eine ewige Gebundenheit des Bürgen dürfte danach wohl stets zu verneinen und es dürfte ihm deshalb die Befugnis einzuräumen sein, nach Ablauf eines angemessenen Zeitraums — die Angemessenheit würde bei Streitfällen der Richter unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände zu beurteilen haben — die Bürgschaft in Ansehung der künftig weiter entstehenden Verbindlichkeiten aufzukündigen.

Zweiter Abschnitt.

Über die Subsidiarität der Bürgschaft.

§ 14.

Allgemeines.

Neben der Akzessorietät ist der Bürgschaft die Subsidiarität eigentümlich. Man versteht darunter, daß der Bürge erst dann dem Zugriffe des Gläubigers unterliegt, nachdem dieser vergeblich versucht hat, vom Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen. Im Gegensatze zur Akzessorietät ist aber die Subsidiarität kein notwendiges, begriffliches Merkmal der Bürgschaft. Sie kann fehlen — und fehlt in der Tat bei mehreren Gruppen von Bürgschaftsfällen — und kann, wenn sie im Einzelfalle vorhanden ist, nachträglich durch Verzicht wegfallen.

Sie hat auch durchaus nicht zu allen Zeiten existiert. Dem germanischen Rechte war sie genau so unbekannt wie dem älteren römischen Rechte; erst Justinian hat sie in Nov. IV Cap. 1 geschaffen. Und Wissenschaft und Praxis haben sich gleich von Anfang an bemüht, den durch dieses Gesetz dem Bürgen gewährten Schutz zu beschneiden, herabzumindern. Unter Mißachtung der ganzen Tendenz dieser Novelle, die sehr wahrscheinlich darauf gerichtet war, die Subsidiarität der Bürgschaftsverbindlichkeit zu einem absolut gebietenden Gesetze zu erheben, dergestalt, daß jede künftige Bürgschaft, unabhängig vom Willen der Parteien, als eine von vornherein bedingte, als eine fide-

jussio indemnitatis angesehen werden solle, faßte man die Bestimmung der Novelle auf als ein verzichtbares, durch exceptio geltend zu machendes beneficium. Aber damit noch nicht genug. Nicht nur in der formellen Behandlung der Novelle entschied man sich zuungunsten des Bürgen: auch in materieller Beziehung schuf man eine Auslegung, die möglichst dem Gläubiger entgegenkam. Von der mit den Glossatoren einsetzenden Entwicklung ab wurde der bestimmende Gesichtspunkt der, daß der Gläubiger nur insoweit gehalten sein solle, seine Befriedigung zunächst aus dem Vermögen des Hauptschuldners zu suchen, als ihm dies nicht mehr Beschwerlichkeit verursachte als die Ausklagung des Bürgen, und man supplierte, um diese Auffassung mit den Worten der Novelle in Einklang zu bringen, zu dem Satze: „Si vero non valuerit", ein „commode". Selbst die Frage, ob der Gläubiger ein in seinen Händen befindliches Pfand des Hauptschuldners erst zu verkaufen habe, ehe er den Bürgen verklagte, beantwortete man lediglich dann mit ja, wenn es leicht zu verkaufen war.

Auch nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland blieb diese Tendenz denkbar größter Begünstigung des Gläubigers bestehen, ja sie fand sogar eine noch weitere Ausdehnung zufolge der bereits oben erwähnten Tatsache, daß dem germanischen Rechte das beneficium ordinis überhaupt unbekannt war, und so kam es soweit, daß z. B. Berlich 91 Fälle aufzuzählen imstande war, in denen die Subsidiarität ausgeschlossen war.

In neuerer Zeit kam man nun zwar von dieser übertriebenen Sorge für die Bequemlichkeit des Gläubigers wieder etwas zurück und schränkte demgemäß die Zahl der Fälle, die dem Gläubiger das Recht unmittelbarer Inanspruchnahme des Bürgen gaben, bedeutend ein, bei Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches dachte man aber sogar daran, die Subsidiarität in dem oben angegebenen Sinne ganz abzuschaffen und sie nur in der Form bei-

zubehalten, daß der Gläubiger vor der Ausklagung des Bürgen den Hauptschuldner außergerichtlich erfolglos zur Zahlung aufgefordert haben müsse (vgl. Prot. II S. 468). Der Streit der Meinungen hierüber war ziemlich lebhaft, endete aber schließlich damit, daß man die alte Subsidiarität beibehielt mit der Begründung, daß dieselbe dem bisherigen Rechte entspreche und dermaßen in das Volksleben eingedrungen sei, daß sie nicht einfach als irrationell verworfen werden könne (Prot. II S. 470).

Der Regelung, die alsdann die ganze Frage im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat, kann man im allgemeinen auch durchaus zustimmen. Es ist da einerseits die Subsidiarität als Regel normiert worden — und damit hat man in der Tat dem Rechtsbewußtsein entsprochen, denn als Bürge will man nicht schlechthin neben dem Hauptschuldner, sondern erst dann haften, wenn die Hilfe des Gerichts gegen jenen fruchtlos angerufen worden ist —, anderseits aber ist man den Interessen des Gläubigers dadurch gerecht geworden, daß man in solchen Fällen, wo die Belangung des Hauptschuldners von vornherein aussichtslos oder besonders erschwert erscheint, Ausnahmen von der Subsidiarität vorgesehen hat. Das Nähere hierüber hat der folgende Paragraph zum Inhalt.

§ 15.

In der Regel haftet der Bürge nur subsidiär.

Die allgemeine Regel ist in § 771 enthalten, welcher besagt, daß der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern könne, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht habe.

Die Fassung des § 771 ist insofern nicht glücklich, als sich danach das Recht des Bürgen auf vorherige Be-

langung des Hauptschuldners als „Einrede“ darstellt. Die Grundlage einer Einrede hat nämlich regelmäßig derjenige zu beweisen, der sie vorbringt, und so wird durch den Wortlaut des § 771 der Anschein erweckt, als ob der Bürge, der die Subsidiarität geltend macht, den Beweis der in das Vermögen des Hauptschuldners erfolglos versuchten Zwangsvollstreckung zu erbringen habe. Dies nimmt denn auch u. a. Schollmeyer an. Indes kann dem nicht beigetreten werden, und zwar deshalb nicht, weil — um dies voraus zu sagen — die Einrede der Vorausklage als eine echte Einrede gar nicht anerkannt werden kann. Wie aber ist sie zu beurteilen? Die Motive meinen, daß sich die Notwendigkeit der vorherigen Ausklagung des Hauptschuldners aus dem Begriffe der Bürgschaft ergebe. Diese Behauptung geht aber zu weit. Denn dann müßte jenes Erfordernis in dem Begriffe der Bürgschaft auch ausgedrückt sein, und es würde die erfolglose Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner zur Substanziierung der Klage gegen den Bürgen gehören. Davon ist aber nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches keine Rede. Jedoch: gehört auch die vorherige Belangung des Hauptschuldners nicht zum Bürgschaftsbegriffe selbst, so folgt ihre Notwendigkeit doch aus dem begriffswesentlichen Zwecke der Bürgschaft. Denn dieser geht auf nicht mehr, als daß der Gläubiger vor Verlusten hinsichtlich des Hauptschuldners bewahrt bleiben soll, und daraus ergibt sich, daß die Inanspruchnahme des Bürgen erst erfolgen darf, nachdem sich herausgestellt hat, daß der Hauptschuldner für seine Person die Verbindlichkeit nicht zu erfüllen vermag. Diese Erwägung führt aber zu dem weiteren Resultat, daß es Sache des Gläubigers ist, den fruchtlos erfolgten Versuch der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner zu beweisen, wenn der Bürge die „Einrede“ des § 771 vorschützt.

Übrigens ist die Einrede der Vorausklage nicht die

einzige unseres Gesetzbuchs, bei der die Beweislast in einer von der allgemeinen Regel abweichenden Weise verteilt ist: auch bei der „Einrede des nicht erfüllten Vertrags" § 320 B.G.B.) hat nicht der Beklagte (der die Einrede vorschützt), sondern anerkanntermaßen der Kläger den Beweis zu ihrer Entkräftung zu führen.

Nicht notwendig muß der Gläubiger, um der Einrede der Vorausklage wirksam begegnen zu können, den Hauptschuldner verklagt haben. Einen Titel, der ihm die Zwangsvollstreckung ermöglicht, kann er auch ohne Klage erlangt haben; man denke an den Fall des § 794 Ziff. 5 C.P.O., wonach sich jemand hinsichtlich gewisser Schulden der sofortigen Zwangsvollstreckung, also ohne vorherige Ausklagung unterwerfen kann. Und wenn schon der Gläubiger auf keinem andern Wege als dem der Klage zu einem vollstreckbaren Titel gelangen konnte, ist nicht nötig, daß er diese Klage erst nach Eingehung der Bürgschaft erhob, er kann sich vielmehr eines Urteils bedienen, das er sich bereits vorher verschafft hat. Jedenfalls aber muß die Zwangsvollstreckung immer wegen der verbürgten Schuld stattgefunden haben. Der Umstand, daß auf Grund eines andern Schuldtitels die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos versucht worden ist, kann eine nochmalige wegen der verbürgten Schuld nur unter der besonderen Voraussetzung erübrigen, daß durch sie die Annahme begründet wird: eine Wiederholung der Zwangsvollstrekung wegen der verbürgten Schuld werde zu einer Befriedigung des Gläubigers nicht führen: vgl. § 773 Ziff. 4. Andrerseits wirkt der wegen der verbürgten Forderung erfolgte Versuch der Zwangsvollstreckung dem Bürgen gegenüber endgültig; er kann sich also nicht darauf berufen, daß der Hauptschuldner inzwischen wieder zahlungsfähig geworden sei — während bei einer wegen einer anderen Forderung vorgenommenen fruchtlosen Vollstreckung das Vorliegen der Voraussetzung von § 773 Ziff. 4 vom Gläu-

biger zu beweisen und vom Richter gemäß § 286 C.P.O. zu würdigen ist.

Die Zwangsvollstreckung braucht, sofern es sich um eine Geldforderung handelt, nicht in das gesamte Vermögen des Hauptschuldners, sondern nur in seine beweglichen Sachen geführt zu werden: § 772 Abs. 1. Diese Vorschrift weicht von dem gemeinen Rechte ab, wonach der Bürge die Exekution auch in die Immobilien des Hauptschuldners verlangen konnte, und es ist nicht zu verkennen, daß die heutige Bestimmung bedenklich ist, wenn beide, Hauptschuldner und Bürge, nur unbewegliches Vermögen besitzen: ein Fall, der bei der modernen Bauspekulation nicht selten ist. Dann kann es geschehen, daß der Bürge sich die Exekution in seine Grundstücke gefallen lassen muß, während der Hauptschuldner davon frei geblieben ist. Nach den Motiven (II S. 669 f.) liegt der Grund für vorerwähnte Beschränkung darin, daß dem Gläubiger ohne wesentliche Verkümmerung seiner sich aus der Bürgschaft ergebenden Rechte nicht zugemutet werden könne, jene meist mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwand verbundenen und oft nur geringen Erfolg versprechenden Arten der Zwangsvollstreckung vor dem Angriffe des Bürgen zu unternehmen.

Die Zwangsvollstreckung braucht außerdem — immer unter der Voraussetzung, daß es sich um eine Geldforderung als den weitaus häufigsten Fall handelt — nur an bestimmten Orten stattgefunden zu haben, um die Einrede der Vorausklage zu entkräften. Diese Orte sind nach § 772 Abs. 1 der Wohnsitz des Schuldners sowie der Ort einer anderswo befindlichen gewerblichen Niederlassung, und in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung sein Aufenthaltsort. In diesem Umfange aber kann der Bürge die Zwangsvollstreckung verlangen, auch wenn Wohnsitz, gewerbliche Niederlassung oder Aufenthaltsort des Hauptschuldners im Auslande be-

legen sind — sofern nicht etwa § 773 Ziff. 2 oder 4 eingreift (vgl. § 16 dieser Abhandlung).

Anders verhält es sich nur, wenn dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an beweglichen Sachen des Hauptschuldners zusteht. Daraus hat er sich nach § 772 Abs. 2 Befriedigung zu verschaffen ohne jede Rücksicht darauf, wo sich die Sachen befinden, und ohne Rücksicht darauf, wann — ob vor oder nach Eingehung der Bürgschaft — er das fragliche Recht erlangt hat. Sonach hat er sich insbesondere auch aus denjenigen Sachen vor Inanspruchnahme des Bürgen zu befriedigen, die er beim Hauptschuldner irgendwo gepfändet hat.

Steht dem Gläubiger die Befugnis zu, sich aus den ihm verpfändeten oder von ihm zurückbehaltenen Sachen des Hauptschuldners noch für eine andere Forderung zu befriedigen, so kann der Bürge nur dann vorherige Verwertung derselben verlangen, wenn beide Forderungen durch sie gedeckt sind (§ 772 Abs. 2 Satz 2). Wie hierbei der Wert der Sachen zu berechnen ist, ist im Gesetze nicht angegeben, zweckmäßigerweise dürfte man ihn aber mit dem in der Zwangsversteigerung zu erwartenden Erlöse identifizieren, und der Intention des Gesetzgebers dürfte es weiter entsprechen, in dem Falle, wo die betr. Sachen zur Befriedigung der mehreren Forderungen nicht vollständig hinreichen, den Gläubiger für verpflichtet zu erachten, sich hinsichtlich der verbürgten Forderung doch wenigstens insoweit zu befriedigen, als der nach Tilgung der andern Forderungen verbleibende bezw. zu erwartende Überschuß ermöglicht.

Bei dieser Gelegenheit soll ein Wort über den Schadlosbürgen gesagt werden. Im Gesetz selbst ist er nicht erwähnt, und der Schluß liegt deshalb nahe, daß der Gesetzgeber irgend welche Besonderheiten bei seiner Beurteilung nicht anerkennt. Eine Eigentümlichkeit dürfte ihm aber zuzugestehen sein: wählen die Parteien den

Ausdruck „Schadlosbürgschaft“, so dürften sie im Zweifel darüber konsentieren, daß der Bürge nur den vom Hauptschuldner auf keine Weise zu erlangenden Rest leisten soll. Nimmt man dies aber an, so muß man bei der Schadlosbürgschaft über die Bestimmungen des § 771 und § 772 in zwei Richtungen hinausgehen: erstens muß man den vorherigen Versuch der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner zum Fundament, zu einem von Amts wegen zu berücksichtigenden Bestandteil des Klagegrundes bei Inanspruchnahme des Bürgen erheben, und zweitens muß man alle Beschränkungen in Ansehung des Umfangs der vorher zu versuchenden Zwangsvollstreckung fallen lassen.

§ 16.

Ausnahmsweise entfällt die Subsidiarität.

Von Gesetzes wegen kommt die Einrede der Vorausklage in Wegfall:

1. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist (vgl. § 773 Z. 2),

2. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist (§ 773 Z. 3),

3. wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschulders nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird (§ 773 Z. 4),

4. wenn die Bürgschaft für einen Zwangsvergleich übernommen worden ist (§ 194 K.O.),

5. wenn der Bürge ein Vollkaufmann und die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist (§ 349 H.G.B.).

In den Fällen sub 2 und 3 ist die Einrede insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht hat; die Vorschrift des § 772 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung (§ 773 Abs. 2.)

Außerdem kann die Einrede

6. rechtsgeschäftlich ausgeschlossen werden, und ihre Ausschließung gilt stets dann als beabsichtigt, wenn sich der Bürge als Selbstschuldner verbürgt hat (§ 773 Z. 1).

Die zur Normierung der Ausnahmen unter (1—4) wirksam gewesene ratio ist bereits an früherer Stelle angedeutet worden und kommt in den Gesetzesbestimmungen selbst deutlich genug zum Ausdruck; ein besonderer Gesichtspunkt ist nur bei 5 maßgebend gewesen: beim Vollkaufmann setzt der Gesetzgeber einen genügend hohen Grad von Intelligenz voraus, um ihm zumuten zu können, daß er die Gefährlichkeit der Bürgschaft überschaut und mit dem Versagen des Hauptschuldners von vornherein rechnet. Ins Gewicht fällt außerdem, daß auch die Hauptschuld in aller Regel einem Handelsgeschäft entspringt und daß im Handelsverkehr eine korrekte, pünktliche Einlösung von Verbindlichkeiten von besonderer, oft existenzerhaltender Wichtigkeit ist.

Im einzelnen ist zu den aufgeführten Fällen noch zu bemerken:

Zu 1: Eine wesentliche Erschwerung der Rechtsverfolgung wird immer zu verneinen sein, solange der Wohnsitz, die gewerbliche Niederlassung oder der Aufenthaltsort des Hauptschuldners im Deutschen Reiche bleibt, da hinsichtlich der Rechtsverfolgung jeder Deutsche in jedem deutschen Bundesstaate dem Inländer gleich geachtet wird und wir überdies eine gemeinsame Gerichtsverfassung und Prozeßordnung haben. Auch die Verlegung ins Ausland braucht den Ausschluß der Einrede der Vorausklage nicht notwendig im Gefolge zu haben, da die Institution der Rechtshilfe

zwischen Deutschland und manchen auswärtigen Staaten zu außerordentlicher Vollkommenheit gediehen ist. Die Entscheidung darüber, ob § 773 Ziff. 2 eingreift, kann deshalb nur in concreto gefällt werden; greift aber diese Vorschrift ein, so fällt damit von selbst auch die Einrede nach § 772 Abs. 1 weg; vgl. § 15 dieser Abhandlung. — Durch § 773 Ziff. 2 wird schließlich noch der Fall getroffen, wo infolge der Verlegung der neue Wohnsitz usw. des Hauptschuldners vom Gläubiger nicht zu finden ist; eine gründliche Nachforschung wird freilich dem Gläubiger zur Pflicht zu machen sein.

Zu 2: Eine den Konkurseröffnungsbeschluß aufhebende Entscheidung beseitigt natürlich auch wieder den Ausschluß der Einrede der Vorausklage.

Zu 3: Die voraussichtliche Fruchtlosigkeit einer Zwangsvollstreckung wird regelmäßig dann vorliegen, wenn entweder derselbe Gläubiger wegen anderer Forderungen als der verbürgten oder sonstige Gläubiger in letzter Zeit die Zwangsvollstreckung versucht haben, der Hauptschuldner vielleicht sogar den Offenbarungseid geleistet hat. — Wie der Ausdruck „zur Befriedigung“ in Ziff. 4 zu interpretieren ist, dürfte sich aus Abs. 2 ergeben. Da dort bestimmt ist, daß die Möglichkeit teilweiser Befriedigung die partielle Ausschließung der Einrede der Vorausklage zur Folge haben soll, wenn jene Möglichkeit teilweiser Befriedigung auf Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht an Sachen des Hauptschuldners beruht, so rechtfertigt sich per argumentum e contrario der Schluß, daß sonst, wenn der Gläubiger seine teilweise Befriedigung nicht auf dieselbe bevorzugte Weise realisieren kann, die Einrede der Vorausklage weder ganz noch teilweise zulässig sein soll, der Ausdruck „zur Befriedigung“ also mit „zu vollständiger Befriedigung“ zu interpretieren ist. Neumann, der allein, soviel zu ersehen ist, zu dieser Frage Stellung nimmt, beantwortet sie im entgegengesetzten Sinne.

Zu 4: durch ausdrückliche Vereinbarung kann natürlich dem Vergleichsbürgen die Einrede der Vorausklage vorbehalten werden.

Zu 5: Der Begriff des Handelsgeschäftes ist in § 343, der des Vollkaufmanns in §§ 1 f. H.G.B. wiedergegeben.

Zu 6: Durch § 773 Ziff. 1 hat unser Gesetzbuch die gemeinrechtliche Kontroverse aus der Welt geschafft, ob derjenige, der sich als Selbstschuldner verbürgt, zum gewöhnlichen Gesamtschuldner werde. Heute ist zweifellos auch der selbstschuldnerische ein Bürge im technischen Sinne.

Bemerkenswert ist, daß der Hauptfall des gemeinen Rechtes: Ausschluß der Einrede der Vorausklage bei Abwesenheit des Hauptschuldners, schlechthin im Bürgerlichen Gesetzbuche fehlt. Auch die Ableugnung der Bürgschaft bildet keinen Grund mehr für den Wegfall der Subsidiarität. Daß ferner die gemeinrechtliche Präsumtio des Verzichtes auf die Einrede der Vorausklage bei Bürgschaft für eine naturalis obligatio in unser Recht keinen Eingang gefunden hat, liegt in der strengeren Akzessiorität der heutigen Bürgschaft begründet, zufolge deren die Bürgschaft einer klaglosen Hauptschuld ebenfalls unklagbar sein muß.

Anhangsweise soll schließlich noch erwähnt werden, daß die Einrede der Vorausklage auch in allen den Fällen ausgeschlossen ist, wo das Gesetz ein gegenseitiges Schuldverhältnis auf jemand übergehen läßt und diesen „wie einen Bürgen“ haftbar macht vgl. z. B. (§ 571 Abs. 2).

Dritter Abschnitt.

Über die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen.

Im gemeinen Rechte war es streitig, ob der Gläubiger dem Bürgen gegenüber zur Diligenz verpflichtet sei. Viele Schriftsteller verneinten die Frage vollständig, andere bejahten sie insoweit, als sie auf Grund von Nov. 4 Cap. 1 anerkannten, daß der mit der Einrede der Vorausklage ausgestattete Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern könne, wenn dieser schuldhafterweise die Möglichkeit verloren hatte, vom Hauptschuldner Zahlung zu erlangen; ganz wenige Schriftsteller endlich — darunter Sokolowsky — bejahten die Frage in vollem Umfange, indem sie die Meinung vertraten, daß das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen dem Prinzipe der bona fides unterstehe und infolgedessen der Gläubiger dem Bürgen für allen durch levis culpa zugefügten Schaden hafte.

Die Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (II S. 679) leugnen jede Diligenzpflicht — mit der in § 776 normierten Ausnahme. Sie führen in dieser Beziehung aus: „Durch die Bürgschaft erlangt der Gläubiger nur Rechte, ohne Verpflichtungen zu übernehmen. Wesen und juristischer Begriff der Bürgschaft gestatten nicht, anzunehmen, daß die Rechte des Gläubigers von irgend welchem Benehmen desselben

abhängen. Insbesondere läßt sich eine solche Annahme nicht darauf gründen, daß dem Bürgen zwei Rechtswohltaten, nämlich die Einrede der Vorausklage und der Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers, vom Gesetz eingeräumt werden, denn der Rechtsbehelf der Vorausklage nötigt den Gläubiger nur, zunächst den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen und die Rechtsverfolgung gegen diesen fortzusetzen, bis sein Leistungsunvermögen sich ergibt; steht aber die Leistungsunfähigkeit des Hauptschuldners fest, so ist der Rechtsbehelf erledigt, gleichviel, ob der Gläubiger vom Hauptschuldner seine Befriedigung erlangt haben würde, wenn er zu dem Zwecke die Umsicht und Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters aufgewandt hätte. Und was die andre Rechtswohltat anbetrifft, so folgt aus ihr nur, daß der Bürge diejenigen Rechte des Gläubigers erlangt, welche und wie sie zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers bestanden. — Jede Diligenzpflicht ist außerdem deshalb zu verneinen, weil der Wert der Bürgschaft durch die Imputierung solcher Pflicht beträchtlich herabgedrückt würde und in der Praxis zahlreiche Streitigkeiten hervorgerufen werden könnten. Eine bestimmte Abgrenzung der Diligenzpflicht wäre überdies nicht angängig, weil stets solche praktische Bedenken damit verknüpft wären."

Diesen Ausführungen der Motive schließt sich die Literatur fast einstimmig an und erkennt demgemäß nur in dem durch § 776 gegebenen Umfange eine Verpflichtung des Gläubigers, die Interessen des Bürgen zu berücksichtigen, an. Der Verfasser vertritt eine andre Meinung.

Daß Wesen und juristischer Begriff der Bürgschaft eine Abhängigkeit der Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen von seinem Verhalten verbiete, kann nicht zugegeben werden. Zutreffend hebt Marcus im „Recht" (Jahrg. 1903) hervor, daß die heutige Bürgschaft in ihrem Begriffsinhalte von dem der neueren Kodifikationen, bei-

spielsweise der des preußischen Rechts, keineswegs abweicht, und doch hat das Reichsgericht in Fällen unterlassenen aktiven Vorgehens (R.G.E. Bd. 8 S. 261, 290) hinsichtlich des preußischen Rechts die Einrede arglistiger Rechtsverfolgung sogar dem selbstschuldnerischen Bürgen zuerkannt.

Anlangend weiter das rein praktische Bedenken der Motive, daß durch Imputierung einer allgemeinen Diligenzpflicht der Wert der Bürgschaft beträchtlich herabgedrückt würde, so kann dieses als durchschlagend nicht angesehen werden. Jus vigilantibus scriptum est; dem Gläubiger wird nicht zuviel zugemutet, wenn von ihm verlangt wird, daß er bei Entstehung der Hauptschuld und ihrer Beitreibung die Augen offen halten soll; der eigentliche Zweck und damit der Wert der Bürgschaft wird hierdurch überhaupt nicht berührt.

Auch das an letzter Stelle erwähnte Argument der Motive, daß eine bestimmte Abgrenzung der Diligenzpflicht nicht angängig sei, entbehrt der Stichhaltigkeit. Es ist kein Grund abzusehen, warum bei der Bürgschaft die Abgrenzung schwieriger sein solle wie bei anderen bonae fidei-Verträgen. Genau so wie bei Miete und Kauf usw. dürfte der Begriff der levis culpa auch beim Bürgschaftsvertrage nach jeder Richtung hin zu bestimmen sein.

Und der Verfasser meint sogar, daß auch ohnedies, d. h. bei der Fassung, die unser Gesetzbuch nun einmal hat, der Gläubiger für jede culpa, deren er sich dem Bürgen gegenüber beim Zustandekommen der Hauptschuld und ihrer Beitreibung schuldig macht, haftbar ist. Der Verfasser kommt zu dieser Meinung auf Grund der ganzen modernen Rechtsentwicklung und der allgemeinen heutigen Rechtsüberzeugung, wie sie sich insbesondere auch in dem Geiste und den sämtlichen Gebieten, vor allem den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs widerspiegelt, und wie sie jedenfalls auch im speziellen Bürg-

schaftsrechte keine ausdrückliche Widerlegung findet. Daß die Motive die Meinung perhorreszieren, kann an und für sich ihre Richtigkeit gewiß noch nicht in Frage stellen, denn die Vorarbeiten zu einem Gesetze und das Gesetz selbst sind nicht identisch, und es wird sicherlich von keiner Seite bezweifelt, daß das Gesetz oft etwas ganz anderes bestimmt, als sein Schöpfer, der Gesetzgeber, hat bestimmen wollen; zahlreiche Beispiele könnte man als Beweis hierfür erbringen.

Um nun zur Begründung der geäußerten Meinung überzugehen, so ist ohne weiteres der herrschenden Lehre zuzugeben, daß durch den Bürgschaftsvertrag keine substanzielle Gegenseitigkeitsverbindlichkeit erzeugt wird: substanziell ist lediglich der Gläubiger berechtigt. Wohl aber ist dem Bürgschaftsvertrage eine — um so zu sagen — unsubstanzielle Gegenseitigkeit immanent, und zwar auf Grund des bereits bei andrer Gelegenheit herangezogenen § 157, welcher verlangt, daß Verträge nach Treu und Glauben auszulegen sind. Denn werden hiernach Gläubiger und Bürge durch das Band der bona fides verknüpft, so ist eine Haftung des Gläubigers dafür, daß die Lage des Bürgen nicht durch dolus oder culpa von seiner Seite verschlechtert werden darf, nicht abzuleugnen, und insofern ist der Gläubiger auch „Schuldner" im Sinne des § 242 B.G.B., dessen (unsubstanzielle) „Leistung" zu finden ist in der Einrichtung seines Verhaltens gegenüber dem Hauptschuldner, dem Bürgen und etwaigen anderen Mitverpflichteten. Verletzt er diese nach Treu und Glauben zu beurteilende Leistungspflicht, so wird hierdurch zwar die Bürgschaftsverbindlichkeit nicht aufgehoben oder eingeschränkt — mit den in § 776 bezeichneten Ausnahmen — oder, wie manche meinen, der Bürge zum Rücktritt berechtigt — denn ein Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung ist nur bei substanziell gegenseitigen Verträgen vorgesehen —, wohl aber wird der Gläubiger nach den

allgemeinen Grundsätzen schadenersatzpflichtig, und der Bürge ist durch §§ 273, 387 in den Stand gesetzt, die Realisierung dieser Schadensersatzpflicht durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechts an der verbürgten Leistung oder aber durch Aufrechnung mit derselben gegen den Schadensersatz zu erzwingen.

Praktisch wird die Diligenzpflicht vor allem bei der sog. Kautionsbürgschaft, also etwa der Bürgschaft für die durch etwaige Unredlichkeiten eines Kassenbeamten entstehenden Verbindlichkeiten desselben. Nach der oben vertretenen Meinung muß dem Kassenherrn in solchen Fällen eine sorgfältige Kontrolle des Beamten zur Pflicht gemacht werden. Der Begriff „sorgfältige Kontrolle" ist dabei natürlich in jedem Einzelfalle zu bestimmen, und die Definition wird eine verschiedene sein, wenn es sich das eine Mal um ein großes Bankunternehmen und das andere Mal um ein Geschäft von minimalem Umfange handelt. In beiden Fällen aber dürfte von dem Kassenherrn zu fordern sein, daß er bei Entdeckung auch nur des kleinsten auf Unehrlichkeit beruhenden Mankos den Beamten sofort entläßt, sofern sich nicht der Bürge mit seiner Beibehaltung einverstanden erklärt.

Ein anderer hier zu erwähnender Fall ist der, wo der Gläubiger trotz Fälligkeit der Hauptschuld ihre Beitreibung unterläßt und in der Folgezeit der Hauptschuldner insolvent wird. Eine Verletzung der Diligenzpflicht liegt alsdann vor, wenn der Gläubiger die drohende Insolvenz des Hauptschuldners durch Fahrlässigkeit übersah, wobei allerdings zuzugeben ist, daß dem Gläubiger eine besondere Nachforschungspflicht nicht imputiert werden darf.

Gerät der Hauptschuldner in Konkurs, oder wird über seinen Nachlaß der Konkurs eröffnet, so ist der Gläubiger unter Umständen verpflichtet, seine Forderung im Konkurse anzumelden oder aber doch den Bürgen zu benachrichtigen, damit dieser seine künftige Regreßforderung anmelden

kann. Diese Verpflichtung ist dann anzunehmen, wenn der Bürge keine Kenntnis von dem Konkurse hat und der Gläubiger dies weiß oder wissen muß. — Der durch Vernachlässigung dieser Pflicht entstehende und vom Gläubiger dem Bürgen zu ersetzende Schaden dürfte gleichzusetzen sein der Konkurs- oder Zwangsvergleichsdividende abzüglich des vom Schuldner noch zu Erlangenden.

Als ein singulärer Fall soll zum Schlusse noch der hervorgehoben werden, wo die Forderung des Gläubigers eine solche nach § 648 B.G.B. ist. § 648 lautet: „Der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes kann für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen."

Durch § 776 wird dieser Fall nicht mitgetroffen, denn vor der Eintragung bildet die in § 648 normierte Befugnis des Unternehmers weder ein Pfandrecht noch auch ein Vorzugsrecht im Sinne des § 776, gibt vielmehr nur die Möglichkeit, ein Pfandrecht — unabhängig vom Willen des Hauptschuldners — zu erwerben. Da nun ein solches zur besseren Sicherung der Forderung und damit auch zum Vorteil des Bürgen dient, so werden die Interessen des letzteren verletzt, wenn bei Unsicherheit des Hauptschuldners der Gläubiger von dem ihm zustehenden Rechte keinen Gebrauch macht, und der Gläubiger wird demgemäß schadensersatzpflichtig, wenn jene Unterlassung auf Fahrlässigkeit beruht.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.